This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 949 027

HD

Digitized by Google

.85

B.L. Mar. 1921

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct 6. 1920

Digitized by Google

Austria

Digitized by Google

Digitized by Google

Diebstahl und Beleidigung.

Rechtsvergleichende und criminalpolitische Studien

mit besonderer Rücksicht auf den

Oesterreichischen Strafgesetzentwurf

von

Dr. Heinrich Lammasch,
Professor der Rechte an der Universität Wien.

Wien 1893.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung,
I., Kohlmarkt.

Digitized by Google

C+W
L2324d

OCT 6 1920

Digitized by Google

Inhalt.

I. Der Diebstahl.

Seite

§. 1. Der Dolus beim Diebstahl nach geltendem österreichischen Recht . . 1
§. 2. Folgerungen aus diesem Begriffe für Beurtheilung controverser Fragen 5
§. 3. Unterschiede des gegenwärtigen österreichischen Diebstahlsbegriffes von jenen des deutschen Reichs-Strafgesetzbuches und des österreichischen Entwurfes 12
§. 4. Genügt Zueignungsabsicht zum Dolus des Diebes? 14
§. 5. Diebstahl und Besitzentsetzung 18
§. 6. Rechtsvergleichende Uebersicht 20
§. 7. Diebstähle an Gräbern 21
§. 8. Familiendiebstahl 21
§. 9. „Mundraub" und verwandte Fälle 24
§. 10. Furtum usus und Furtum possessionis 26
§. 11. Bestrafung des Diebstahls 31

II. Der freiwillige Schadensersatz als Strafaufhebungsgrund bei Diebstahl und verwandten Delicten.

III. Die Beleidigung.

§. 1. Der österreichische Entwurf in seinem Verhältnisse zum geltenden Recht und zum deutschen Reichs-Strafgesetzbuche 43
§. 2. Der Wahrheitsbeweis im österreichischen Strafgesetzentwurf 45
§. 3. Das „Recht, die Wahrheit zu sagen" 47

Digitized by Google

Seite

§. 4. Die Gegensätze in der Gesetzgebung (das deutsche und das französische Recht) 53
§. 5. Die Vermittlungsversuche (der österreichische Entwurf, das englische, niederländische und Züricher Recht) 56
§. 6. Besondere Fälle (Beschuldigung strafbarer Handlungen, Creditverleumdung und verwandte Fälle, Kränkung des Andenkens an einen Verstorbenen) 63
§. 7. Beschränkung des Wahrheitsbeweises durch die Rücksicht auf die Rechtskraft eines früher ergangenen Urtheiles und durch die Rücksicht auf den zur Privatanklage oder zum Strafantrag Berechtigten 67
§. 8. Vorwurf „ausgestandener" Strafe und verletzende Mittheilungen über persönliche und häusliche Verhältnisse 71
§. 9. Ergebnisse der Kritik 76
§. 10. Strafbarkeit wahrer Beschuldigungen mit Rücksicht auf die Art des Ausdruckes 77
§. 11. Die verleumderische Beleidigung 79

Digitized by Google

I. Der Diebstahl.

I.

Mit vollem Rechte sind nur ganz wenige Gesetzgebungen dem Rathe Rossi's[1]) gefolgt, den Begriff des Diebstahls als im Volksbewußtsein und demnach auch im Bewußtsein des Richters gegeben vorauszusetzen und im Strafgesetzbuche undefinirt zu lassen.[2]) Nur Schweden, Dänemark und Finnland sind diesen Weg gegangen.[3]) Alle anderen Gesetzgebungen definiren den Diebstahl, stimmen aber selbst in der Definition dieses Delictes, dessen Begriff der Laie für einen völlig abgeschlossenen halten möchte, durchaus nicht überein.

So will denn auch der Entwurf eines österreichischen Strafgesetzbuches den Begriff des Diebstahls gegenüber dem in Oesterreich geltenden Rechte ändern, indem er an Stelle des Merkmales, daß der Dieb „um seines Vortheiles willen" gehandelt habe, jenes der Absicht rechtswidriger Zueignung substituirt.

Die ungeheuere Mehrzahl freilich der Jahr für Jahr sich wiederholenden Entwendungen wird von dieser Aenderung nicht berührt werden, dieselben bleiben nach dem Entwurfe ebenso Diebstahl, wie sie es nach dem geltenden Rechte sind. Nur für Grenzfälle von verhältnißmäßig singulärer Gestaltung kommt die Aenderung des Begriffes in Betracht. Trotzdem aber ist sie von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Denn auch für die richtige Beurtheilung solcher Grenzfälle ist das Rechtsbewußtsein der Bevölkerung sehr empfindlich, wenn es sich um ein Delict

[1]) Traité de droit pénal. Paris 1829, III, pag. 312. Ihm folgt Ullmann, Der Dolus beim Diebstahl, 40.

[2]) Dagegen besonders Merkel in Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts. III, 631.

[3]) S. unten §. 6.

Digitized by Google

handelt, hinsichtlich dessen das allgemeine Urtheil ein so unerbittliches ist, wie gerade in Betreff des Diebstahls. Wenn das Gesetz Fälle als Diebstahl behandelt, denen nach allgemeinem Urtheil jener ehrenrührige Charakter nicht anhaftet, der nach der Ansicht des Volkes mit dem Diebstahl unzertrennlich verbunden ist, so wird dadurch einerseits demjenigen, der wegen „Diebstahls" verurtheilt wird, ohne ein Dieb zu sein, ein schweres, unverdientes und eben deshalb ungerechtes Uebel zugefügt und andererseits jene im Volke lebende Vorstellung von der besonderen Verwerflichkeit des Diebstahls, welche zu hegen und zu stützen der Gesetzgeber allen Anlaß hätte, untergraben.

Manche Rechtskundige allerdings sind der Ansicht, daß der Entwurf, indem er den Dolus beim Diebstahl als die Absicht rechtswidriger Zueignung charakterisirt, damit nur eben dasselbe Erforderniß des Diebstahlsbegriffes statuire, welches auch das geltende Recht in seiner mehr volksthümlichen als juristischen Sprache mit den Worten „um seines Vortheiles willen" hervorheben will. Die in den Beginn der Fünfziger-Jahre zurückreichende, an sich gewiß nur lobenswerthe Gewöhnung der österreichischen Strafrechtslehrer, die Ergebnisse der deutschen Rechtswissenschaft auch auf die Interpretation des heimischen Rechtes möglichst fruchtbringend einwirken zu lassen, hat dahin geführt, daß, wie in manchen anderen Beziehungen, so auch hinsichtlich der Interpretation des Diebstahlsbegriffes seit eben dieser Zeit für die schriftliche und mündliche Lehre des Strafrechtes in Oesterreich die Auffassungsweise zuerst des preußischen und dann seit den Siebziger-Jahren die des deutschen Reichs-Strafgesetzbuches in einem höheren Maße bestimmend geworden ist, als dies mit der selbständigen Existenz eines besonderen österreichischen Strafgesetzbuches vereinbar ist.[1]) Die immer vom Neuen wiederum angeregte Meinung, daß unser geltendes Gesetzbuch im Absterben begriffen sei und demnächst durch ein nach dem Vorbilde des deutschen Strafgesetzbuches ausgearbeitetes neues werde ersetzt werden, hat diese Neigung, die Eigenthümlichkeiten, durch welche das österreichische Recht sich vom deutschen Rechte unterscheidet, zu übersehen, nur noch gesteigert. So kam es, daß Autoren, wie Janka[2]) und

[1]) In Bezug auf eine andere Frage, nämlich jene der Strafbarkeit des Versuches mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objecte, glaube ich einen ähnlichen Sachverhalt in der Oesterr. Gerichtszeitung, 1889, Nr. 2, nachgewiesen zu haben.

[2]) Lehrbuch. 2. Aufl. (1890), S. 249.

Digitized by Google

Finger[1]) dasjenige bereits als geltendes Recht auffassen, was derzeit noch nicht gilt, sondern erst durch den Entwurf zur Geltung gebracht werden soll.[2])

Während Zeiller[3]) ausdrücklich hervorhebt, daß der Beisatz „um seines Vortheiles willen", der dem josefinischen Strafgesetzbuche noch fremd war, aufgenommen worden sei, um „leichtfertige Streiche, die keine Verbrechen sind", aus dem Begriffe des Diebstahls auszuscheiden, während Jenull[4]) der Exegese des vom Diebstahl handelnden Capitels geradezu die Bemerkung voranschickt: „Nur Beeinträchtigungen fremden beweglichen Gutes aus Gewinnsucht sind der Gegenstand dieses Hauptstückes", während Herbst[5]) mit aller Entschiedenheit lehrt: „„Um seines Vortheiles willen" ist identisch mit „in gewinnsüchtiger Absicht"" [6]) und Frühwald geradezu sagt: „Geschähe die Entziehung aus einer anderen Absicht (als der gewinnsüchtigen), so würde, wenn diese eine böse war, ein anderes Verbrechen (boshafte Beschädigung, Verleumdung u. s. w.), wenn sie aber keine böse war, gar keine

---

[1]) In seiner nach manchen Richtungen hin zum lebhaftesten Widerspruch herausfordernden Abhandlung: Ueber die Veruntreuung von Baarcautionen in der Vierteljahrsschrift des Prager deutschen Juristen-Vereines. 1890 (N. F. VI), S. 66 ff.

[2]) Zu diesen Schriftstellern gehört nicht Ullmann, der in seiner Monographie: Der Dolus beim Diebstahl, Mannheim 1870, zwar sehr lebhaft de lege ferenda für die Fassung des Entwurfes eintritt, aber anerkennt, daß das geltende österreichische Recht diese Auffassung nicht theilt. Vgl. S. 42: „Was den Diebstahl anbelangt, so hat §. 151, I. Th. des österr. St. G. B. von 1803 den Begriff dieses Delictes ganz im Sinne der römischen Legaldefinition bestimmt und die gewinnsüchtige Absicht in ihrem ganzen Umfange darin aufgenommen." Andererseits hat schon vor Janka und Finger-Wahlberg in seiner Abhandlung: Ueber das Motiv der Bosheit, Oesterr. Gerichtszeitung, 1878, Nr. 37, wenn auch ohne eingehendere Begründung, die Ansicht vertreten, daß auch nach österreichischem Rechte der animus rem sibi habendi zum Diebstahl genüge.

[3]) Jährliche Beiträge zur Gesetzkunde. I (1806), S. 162.

[4]) Das österreichische Criminalrecht. II (1839), S. 159.

[5]) Das österreichische Strafrecht. Nr. 15 ad §. 171.

[6]) Auch Wessely geht in seiner Abhandlung über den Begriff des Diebstahls in Wagner's Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1833, I, insbesondere S. 207, von der richtigen Anschauung aus, daß unter dem Vortheile „nur ein Vermögensvortheil" (S. 208) zu verstehen sei, kommt aber im weiteren Verlaufe freilich zu unhaltbaren Ergebnissen, gegen welche (nicht aber gegen deren Ausgangspunkt) sich Ritka, Ebendort, 1835, I, 161, gewendet hat.

Digitized by Google

Gesetzesübertretung vorliegen“ [1]), kommt es nach Janka auch nach geltendem österreichischen Rechte „wesentlich auf die Absicht der rechtswidrigen Zueignung der Sache ... und nur auf sie an“. Janka gibt selbst zu, daß diese Auffassung nicht die herrschende sei, indem „vom Standpunkte des österreichischen Gesetzbuches aus ... zumeist eine die Zueignungsabsicht überschießende (!) Bereicherungsabsicht, die Absicht auf einen Vermögensgewinn (der animus lucri des römischen Rechts) gefordert wird“. Jedenfalls hat die Auffassung Janka's, wie auch Ullmann zugesteht, den historischen Zusammenhang gegen sich; sie ist aber meines Erachtens auch mit dem Wortlaute des Gesetzestextes selbst nicht zu vereinbaren, sondern nur auf die oben angedeutete Weise durch unberechtigte Rücksichtnahme auf theoretische Erörterungen und auf fremde Rechtsquellen in unser Rechtssystem hineingetragen worden.

Würden die Worte, „um seines Vortheiles willen“, nicht auf einen Vermögensvortheil, auf eine Bereicherung zu beziehen sein, so wären sie völlig bedeutungslos; denn um irgend eines Vortheiles willen wird jede Handlung unternommen, zumal eine solche, welche geeignet ist, auch (ungewollte) nachtheilige Folgen für den Handelnden herbeizuführen. Wenn nun der Gesetzgeber gerade bei diesem Delicte im Gegensatz zu allen anderen hervorhebt, daß der Verbrecher um seines Vortheiles willen gehandelt haben müsse, so ist es klar, daß er unter diesem Vortheile nicht schon die Befriedigung irgend eines Wunsches des Verbrechers, sondern einen Vortheil in einem engeren typischen Sinne verstandeu habe.

Ferner hat schon Herbst darauf hingewiesen, daß das Strafgesetzbuch im §. 306 sich des Ausdruckes „gewinnsüchtige Absicht“ in einem solchen Zusammenhange bedient, daß derselbe als mit dem im §. 171 gebrauchten Terminus „um seines Vortheiles willen“ identisch erscheine.

Drittens ergibt sich aus den Bestimmungen der §§. 187 und 188 über die thätige Reue, daß das geltende Recht als den für den Diebstahl charakteristischen Verletzungserfolg nicht die Kränkung des Besitzwillens des Bestohlenen, sondern den in Geld abschätzbaren Vermögensnachtheil desselben auffaßt. Nur dadurch erklärt es sich, daß der Bestohlene, wenn der Dieb unter den Voraussetzungen des §. 187 ihm den Werth des gestohlenen Gutes ersetzt, kein Recht hat, die Annahme dieses Ersatzes aus der Hand des Diebes zu verweigern und dessen Be-

[1]) Handbuch des österr. Strafrechts. 1852, S. 134.

Digitized by Google

ſtrafung zu fordern. Daraus ergibt ſich aber auch, daß die Entwendung einer Sache, durch deren Entziehung ein in Geld abſchätzbarer Schaden nicht entſtanden iſt, auf welche daher der bei jeder Art des vollbrachten Diebſtahls vom Geſetze zugelaſſene Strafaufhebungsgrund der thätigen Reue ſeinem Begriffe nach keine Anwendung finden kann, Diebſtahl im Sinne unſeres Geſetzes nicht iſt. Ebenſo folgt aus der Behandlung der thätigen Reue, wie bereits Geyer[1]) und Merkel[2]) hervorgehoben haben, daß auch „das von vorneherein gebotene Werthäquivalent der entzogenen Sache" dieſelbe ſtrafausſchließende Wirkſamkeit beſitzen müſſe, wie der erſt nach Verübung des Diebſtahls gewährte Erſatz, d. h. daß der ſogenannte „eigenmächtige Tauſch" und die Entwendung einer Sache unter Hinterlaſſung ihres vollen Werthes nach geltendem öſterreichiſchen Recht nicht ſtrafbar ſein können.

Mit dieſer Auffaſſung ſtimmt auch im Großen und Ganzen die Rechtſprechung unſeres höchſten Gerichtshofes überein. Nur zwei unter §. 2 noch zu beſprechende Entſcheidungen desſelben (Nr. 665 und 892 der Sammlung der Gerichtszeitung) ſcheinen auf dem Standpunkte Janka's zu ſtehen.

II.

Vergleicht man nun dieſen Diebſtahlsbegriff des geltenden Rechtes mit demjenigen, welchen nach dem Vorgange des deutſchen Rechtes der Entwurf an ſeine Stelle ſetzen will, ſo ergeben ſich folgende weſentliche Unterſchiede:

1. Nach dem gegenwärtig geltenden Rechte iſt die Entwendung einer Sache, aus deren Zueignung man keinen Vermögensvortheil ziehen kann, nicht Diebſtahl.[3]) Dieſer Satz darf aber nicht ſo aufgefaßt werden,

---

[1]) Kl. Schr., S. 347.

[2]) Beſprechung des Strafgeſetzentwurfes von 1867 in Nr. 305 der „Wiener Zeitung" von 1867.

[3]) Nach Mittheilungen Merkel's (Holtzendorff, Handb. III, S. 639) und Geyer's Kl. Schr., S. 352 ſcheint dieſe Auffaſſung, die unter Anderem auch in der deutſchen Theorie von Krug, Sächſiſches Strafrecht, III, 104, vertreten wird (vgl. auch Merkel in Holtzendorff's Handb. III, 634) und im ſächſiſchen Strafgeſetzbuch, Art. 330, ihren legislativen Ausdruck fand, in der franzöſiſchen und engliſchen Praxis die herrſchende zu ſein. Für Oeſterreich wird ſie insbeſondere von Herbſt, Nr. 2, zu §. 171 vertreten. Im Gegenſatze zu dem von Herbſt gewählten Beiſpiele würde ich aber auch an „falſchen Creditpapieren" einen Diebſtahl ganz wohl für möglich halten, wenn

Digitized by Google

als müßte das Diebstahlsobject in sich selbst einen wenn auch minimalen Verkehrswerth besitzen; es genügt vielmehr zum Thatbestande des Diebstahls, daß der Entwender aus der Zueignung einer Sache, welche an und für sich nicht einmal den Werth der geringsten Münze besitzt, einen mittelbaren Vortheil für sein Vermögen zu ziehen beabsichtigt. Es sind demnach nicht blos Urkunden möglicher Gegenstand des Diebstahls, sondern ich würde auch in jenem Falle Diebstahl annehmen, in welchem sich ein Börsenspeculant einen Correcturbogen des Verwaltungsberichtes einer Actiengesellschaft verschafft hat, um früher als alle anderen der Verwaltung dieser Gesellschaft nicht angehörenden Personen über deren Bilanz und Dividende unterrichtet zu sein und darnach seine Speculationen einzurichten.

Nur dadurch, daß man die reinen „Strohhalmaffairen", wie Merkel sie genannt hat — die unbefugte Aneignung einer Blume, eines Blattes Papier, an dessen Besitz sich kein Vermögensvortheil nach Art des oben gegebenen Beispieles knüpft, einer Schleife von einem Damenkleide, deren Verkehrswerth demjenigen, der sie sich aneignet, gar nicht zum Bewußtsein kommt, wenn er auch thatsächlich vorhanden ist — aus dem Thatbestande des Diebstahls ausscheidet, ist es möglich, an dem Grundsatze, daß die Staatsanwaltschaft nach dem Legalitätsprincipe zur Verfolgung jedes ihr bekannt werdenden Diebstahls von Amtswegen verpflichtet sei, festzuhalten. Nur dadurch bleibt man auch in Uebereinstimmung mit dem Geiste des germanischen Rechts, wie derselbe bereits in den Zeiten der Volksrechte sich darstellte. [1]) Nur dadurch endlich vermeidet man Justizscandale, wie jenen, der in einem von Mittermaier [2]) angeführten französischen Urtheile zu Tage tritt, durch welches Jemand wegen Diebstahls verurtheilt worden war, weil er in einer Stadt, in der die Sammlung und Abführung des Straßenkothes an eine Gesellschaft verpachtet war, Straßenkoth zum Nachtheile eben dieser Gesellschaft sich zugeeignet hatte.

---

der Dieb durch deren Ausgabe sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen beabsichtigt. Auch unser Cassationshof läßt sich, was die Abgrenzung des Diebstahls von Forst- und Feldfreveln betrifft, von ähnlichen Anschauungen leiten. Vgl. die in der Manz'schen Ausgabe des Strafgesetzbuches, Nr. 2 und 3, zu §. 171 abgedruckten Entscheidungen.

[1]) Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. II, 641.

[2]) Archiv des Criminalrechts. 1852, S. 330. Freilich wurde dieses Urtheil vom Cassationshofe behoben.

Digitized by Google

2. Kann, wie bereits hervorgehoben wurde, nach geltendem Rechte von Diebstahl nicht die Rede sein, wenn derjenige, der eine fremde bewegliche Sache ihrem Besitzer entzieht, den vollen Geldwerth derselben zurückläßt und ebensowenig

3. wenn er eine fremde Sache mit einer mindestens gleichwerthigen eigenen Sache „eigenmächtig vertauscht".

Beide Consequenzen werden namentlich von Geyer, der dieselben de lege ferenda bekämpft, für das geltende österreichische Recht anerkannt und auch die Ausführungen des Generalprocurators v. Cramer zur Begründung der Cassationshofentscheidung Nr. 206 lassen nur diese Deutung zu: „Zum Diebstahle wird nach §. 171 erfordert, daß der Thäter um seines Vortheiles willen gehandelt habe. Nach der constanten Auslegung, welche dieser gesetzliche Ausdruck gefunden hat, und welche sich der volksthümlichen Auffassung der diebischen Absicht anschließt, wurde hierunter nie ein indirecter oder secundärer Vortheil [1]), sondern immer nur derjenige verstanden, welcher darin liegt, daß der Dieb die fremde Sache **ohne Entgelt** an sich bringt oder anderen zuwendet." Und nahezu mit denselben Worten hat noch in allerneuester Zeit der Cassationshof selbst in den Gründen der Plenar-Entscheidung vom 17. April 1890, Nr. 1316, unter Bezugnahme auf eine leider nicht publicirte gleichförmige Entscheidung vom 5. Mai 1882, Z. 14.271, geradezu ausgesprochen: „Es ist jedoch durch die Rechtsprechung des Cassationshofes längst außer Zweifel gestellt, daß das Gesetz mit den Worten „um seines Vortheiles willen" jenen Vortheil bezeichnet, welcher darin liegt, daß der Dieb die fremde Sache ohne Entgelt an sich bringt oder Anderen zuwendet."

4. Findet nach geltendem Rechte der Diebstahlsbegriff keine Anwendung auf den Fall der Entwendung zur Selbsthilfe, und zwar ist Diebstahl nicht blos dann ausgeschlossen, wenn der Entwendende ein Recht geradezu auf jene Sache hatte, die er sich zueignete, sondern auch dann, wenn er seinem Schuldner irgend eine Sache von dessen Fahrhabe wegnimmt, um sich für seine Geldforderung Befriedigung oder Sicherheit zu schaffen. Auch dieser Satz ist in den Ausführungen des Generalprocurators v. Cramer zu der bereits oben citirten Entscheidung des Cassationshofes Nr. 206 ausdrücklich anerkannt, wenn es dort

---

[1]) Vgl. hierzu jedoch die aus den Ausführungeu unter 1 sich ergebende Einschränkung.

Digitized by Google

heißt: „Diese Voraussetzung (daß der „Dieb" die Sache „ohne Entgelt" an sich gebracht habe) trifft nicht zu, wenn Jemand durch Wegnahme der Sache lediglich zu einem Pfande für die ihm wider den Besitzer zustehende Forderung oder, insoferne sich in der Sache ein Aequivalent der Forderung darstellt, zur Zahlung gelangen will. In diesem Sinne hat der oberste Gerichtshof in einem in Nr. 1 der Gerichtszeitung von 1851 veröffentlichten Falle der Entwendung von Erdäpfeln Diebstahl aus dem Grunde ausgeschlossen, weil die Absicht, sich für eine wider den Besitzer zustehende Forderung bezahlt zu machen, der begangenen That die Natur des Diebstahls benehme (Entscheidung vom 24. December 1850, Z. 7088).[1]) Einem ähnlichen Zusammenhange gehört die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 2. October 1861 (Glaser's Sammlung, Nr. 987) an.

Der Gemeindevorstand und zwei Gemeindeangehörige hatten in dem dem B verpachteten Jagdgebiete „zur Wahrung eines vermeintlichen Rechtes der Gemeinde gejagt, die gewonnene ganze Jagdausbeute aber jedesmal den Ortsarmen geschenkt". Sie waren des Diebstahls angeklagt, jedoch freigesprochen worden und der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Erkenntniß aus folgenden Gründen. „Zum Begriff des Diebstahls im Sinne des §. 171 St. G. B. ist der Beweis nothwendig, daß das Entziehen einer fremden beweglichen Sache aus eines anderen Besitz ohne dessen Einwilligung in der bösen Absicht geschehe, sich durch die entzogene Sache einen Vortheil zuzuwenden, somit daß Eigennutz der Beweggrund der That war. Aus den vorliegenden Erwägungen geht jedoch unzweifelhaft hervor, daß die Absicht der Angeklagten nicht dahin gerichtet war, das Wild, an welchem nur dem Pächter B Eigenthumsrechte zustanden, sich zuzueignen und es zu ihrem Vortheile zu verwenden; sondern die Jagd wurde von den Angeklagten nur zu dem Ende veranstaltet, um auf diese Weise den Pächter zu gerichtlichen Schritten zu bewegen und dabei Gelegenheit zu erhalten, ihre vermeintlichen Rechte gegen sein Jagdrecht zu wahren. Da somit in der den Angeklagten zur Last gelegten That das wesentliche Kriterium des Diebstahls, nämlich der

[1]) Nicht im Widerspruche mit der diesen Ausführungen des Generalprocurators gemäß erfolgten Cassirung des verurtheilenden Erkenntnisses I. Instanz steht die einen wesentlich verschiedenen Thatbestand voraussetzende Entscheidung Nr. 328.

Digitized by Google

Eigennutz im eigentlichen Sinne des Wortes nicht obwaltet, erscheint die Lossprechung der Angeklagten gesetzlich begründet."

5. Auch derjenige ist nach geltendem Rechte eines Diebstahles nicht schuldig, der die Sache eines Anderen zu eben dessen zweifellosen Vortheile, aber gegen oder doch ohne seinen Willen verbraucht, wie z. B. die Magd, die das Holz des krank darniederliegenden geizigen Bauern gegen dessen ausdrückliche Anordnung in seiner Stube verheizt, um ihm die nöthige Wärme zu schaffen. Diebstahl würde hingegen anzunehmen sein, wenn die durch unbefugten Verbrauch entzogene Sache zwar wiederum ihrem Eigenthümer zugewendet wird, die Art des Verbrauches aber eine solche ist, daß sie dem Eigenthümer ebenso offenbar schädlich wird, als sie von dem Angeklagten um seines Vortheiles willen geschah, wie in jenem Falle, in welchem ein bei einem Schmelzofen Bediensteter, der nach dem Quantum des geschmolzenen Metalles bezahlt wurde, ein eisernes Geräth des Hochofenbesitzers mitgeschmolzen hatte, um ein größeres Quantum verarbeiteten Rohstoffes aufweisen zu können.

6. Da es nicht genügt, daß der Angeklagte in Folge seiner Handlungsweise thatsächlich bereichert ist, sondern da das Gesetz fordert, daß er um der Bereicherung willen gehandelt habe, liegt auch dann Diebstahl nicht vor, wenn derjenige, der eine fremde Sache aus dem Gewahrsam ihres Inhabers unbefugt entzogen hat, dies nicht zu dem Zwecke that, sein Vermögen um eine werthhabende Sache zu vergrößern, sondern zu irgend einem anderen Zwecke. Deshalb wäre nach österreichischem Rechte in jenem im Elsaß vorgekommenen Falle nicht Diebstahl anzunehmen, in welchem Jemand, um eine Festfeier zu hindern oder zu stören, unmittelbar vor deren Beginn das bekränzte Bildniß des Landesfürsten, vor welchem eine Rede gehalten werden sollte, bei Seite geschafft hat. Ebensowenig ist nach unserem Rechte derjenige ein Dieb, der einen an die Polizeibehörde gerichteten Brief, von welchem er weiß, daß er eine (begründete) Anzeige gegen einen nahen Angehörigen enthält, dem Boten, dem er zur Ueberbringung übergeben ist, entzieht.[1]) Auch ist es nicht Diebstahl, wenn angeheiterte Studenten des Nachts eine Firmatafel von einem Geschäftsladen wegnehmen und eine

[1]) Merkel, Holtzendorff's Handbuch, III, 634, berichtet, daß der französische Cassationshof in einem solchen Falle das auf vol lautende Urtheil der I. Instanz cassirt habe. Selbstverständlicherweise bliebe die Specialbestimmung des Entwurfes §. 326 anwendbar.

Digitized by Google

heißt: „Diese Voraussetzung (daß der „Dieb“ die Sache „ohne Entgelt“ an sich gebracht habe) trifft nicht zu, wenn Jemand durch Wegnahme der Sache lediglich zu einem Pfande für die ihm wider den Besitzer zustehende Forderung oder, insoferne sich in der Sache ein Aequivalent der Forderung darstellt, zur Zahlung gelangen will. In diesem Sinne hat der oberste Gerichtshof in einem in Nr. 1 der Gerichtszeitung von 1851 veröffentlichten Falle der Entwendung von Erdäpfeln Diebstahl aus dem Grunde ausgeschlossen, weil die Absicht, sich für eine wider den Besitzer zustehende Forderung bezahlt zu machen, der begangenen That die Natur des Diebstahls benehme (Entscheidung vom 24. December 1850, Z. 7088).[1]) Einem ähnlichen Zusammenhange gehört die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 2. October 1861 (Glaser's Sammlung, Nr. 987) an.

Der Gemeindevorstand und zwei Gemeindeangehörige hatten in dem dem B verpachteten Jagdgebiete „zur Wahrung eines vermeintlichen Rechtes der Gemeinde gejagt, die gewonnene ganze Jagdausbeute aber jedesmal den Ortsarmen geschenkt“. Sie waren des Diebstahls angeklagt, jedoch freigesprochen worden und der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Erkenntniß aus folgenden Gründen. „Zum Begriff des Diebstahls im Sinne des §. 171 St. G. B. ist der Beweis nothwendig, daß das Entziehen einer fremden beweglichen Sache aus eines anderen Besitz ohne dessen Einwilligung in der bösen Absicht geschehe, sich durch die entzogene Sache einen Vortheil zuzuwenden, somit daß Eigennutz der Beweggrund der That war. Aus den vorliegenden Erwägungen geht jedoch unzweifelhaft hervor, daß die Absicht der Angeklagten nicht dahin gerichtet war, das Wild, an welchem nur dem Pächter B Eigenthumsrechte zustanden, zuzueignen und es zu ihrem Vortheile zu verwenden; sondern die [illegible] wurde von den Angeklagten nur zu dem Ende veranstaltet, um in dieser Weise den Pächter zu gerichtlichen Schritten zu bewegen und Gelegenheit zu erhalten, ihre vermeintlichen [illegible] sein Recht zu wahren. Da somit in der den Angeklagten [illegible] das wesentliche Kriterium [illegible]

[1]) Nicht im Widerspruch [illegible] curators gemäß erfolgte [illegible] steht die einen wesentlich [illegible] Nr. 328.

Digitized by Google

heißt: „Diese Voraussetzung (daß der „Dieb" die Sache „ohne Entgelt" an sich gebracht habe) trifft nicht zu, wenn Jemand durch Wegnahme der Sache lediglich zu einem Pfande für die ihm wider den Besitzer zustehende Forderung oder, insoferne sich in der Sache ein Aequivalent der Forderung darstellt, zur Zahlung gelangen will. In diesem Sinne hat der oberste Gerichtshof in einem in Nr. 1 der Gerichtszeitung von 1851 veröffentlichten Falle der Entwendung von Erdäpfeln Diebstahl aus dem Grunde ausgeschlossen, weil die Absicht, sich für eine wider den Besitzer zustehende Forderung bezahlt zu machen, der begangenen That die Natur des Diebstahls benehme (Entscheidung vom 24. December 1850, Z. 7088).[1]) Einem ähnlichen Zusammenhange gehört die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 2. October 1861 (Glaser's Sammlung, Nr. 987) an.

Der Gemeindevorstand und zwei Gemeindeangehörige hatten in dem dem B verpachteten Jagdgebiete „zur Wahrung eines vermeintlichen Rechtes der Gemeinde gejagt, die gewonnene ganze Jagdausbeute aber jedesmal den Ortsarmen geschenkt". Sie waren des Diebstahls angeklagt, jedoch freigesprochen worden und der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Erkenntniß aus folgenden Gründen. „Zum Begriff des Diebstahls im Sinne des §. 171 St. G. B. ist der Beweis nothwendig, daß das Entziehen einer fremden beweglichen Sache aus eines anderen Besitz ohne dessen Einwilligung in der bösen Absicht geschehe, sich durch die entzogene Sache einen Vortheil zuzuwenden, somit daß Eigennutz der Beweggrund der That war. Aus den vorliegenden Erwägungen geht jedoch unzweifelhaft hervor, daß die Absicht der Angeklagten nicht dahin gerichtet war, das Wild, an welchem nur dem Pächter B Eigenthumsrechte zustanden, sich zuzueignen und es zu ihrem Vortheile zu verwenden; sondern die Jagd wurde von den Angeklagten nur zu dem Ende veranstaltet, um auf diese Weise den Pächter zu gerichtlichen Schritten zu bewegen und dabei Gelegenheit zu erhalten, ihre vermeintlichen Rechte gegen sein Jagdrecht zu wahren. Da somit in der den Angeklagten zur Last gelegten That das wesentliche Kriterium des Diebstahls, nämlich der

[1]) Nicht im Widerspruche mit der diesen Ausführungen des Generalprocurators gemäß erfolgten Cassirung des verurtheilenden Erkenntnisses I. Instanz steht die einen wesentlich verschiedenen Thatbestand voraussetzende Entscheidung Nr. 328.

Digitized by Google

Eigennutz im eigentlichen Sinne des Wortes nicht obwaltet, erscheint die Lossprechung der Angeklagten gesetzlich begründet."

5. Auch derjenige ist nach geltendem Rechte eines Diebstahles nicht schuldig, der die Sache eines Anderen zu eben dessen zweifellosen Vortheile, aber gegen oder doch ohne seinen Willen verbraucht, wie z. B. die Magd, die das Holz des krank darniederliegenden geizigen Bauern gegen dessen ausdrückliche Anordnung in seiner Stube verheizt, um ihm die nöthige Wärme zu schaffen. Diebstahl würde hingegen anzunehmen sein, wenn die durch unbefugten Verbrauch entzogene Sache zwar wiederum ihrem Eigenthümer zugewendet wird, die Art des Verbrauches aber eine solche ist, daß sie dem Eigenthümer ebenso offenbar schädlich wird, als sie von dem Angeklagten um seines Vortheiles willen geschah, wie in jenem Falle, in welchem ein bei einem Schmelzofen Bediensteter, der nach dem Quantum des geschmolzenen Metalles bezahlt wurde, ein eisernes Geräth des Hochofenbesitzers mitgeschmolzen hatte, um ein größeres Quantum verarbeiteten Rohstoffes aufweisen zu können.

6. Da es nicht genügt, daß der Angeklagte in Folge seiner Handlungsweise thatsächlich bereichert ist, sondern da das Gesetz fordert, daß er um der Bereicherung willen gehandelt habe, liegt auch dann Diebstahl nicht vor, wenn derjenige, der eine fremde Sache aus dem Gewahrsam ihres Inhabers unbefugt entzogen hat, dies nicht zu dem Zwecke that, sein Vermögen um eine werthhabende Sache zu vergrößern, sondern zu irgend einem anderen Zwecke. Deshalb wäre nach österreichischem Rechte in jenem im Elsaß vorgekommenen Falle nicht Diebstahl anzunehmen, in welchem Jemand, um eine Festfeier zu hindern oder zu stören, unmittelbar vor deren Beginn das bekränzte Bildniß des Landesfürsten, vor welchem eine Rede gehalten werden sollte, bei Seite geschafft hat. Ebensowenig ist nach unserem Rechte derjenige ein Dieb, der einen an die Polizeibehörde gerichteten Brief, von welchem er weiß, daß er eine (begründete) Anzeige gegen einen nahen Angehörigen enthält, dem Boten, dem er zur Ueberbringung übergeben ist, entzieht.[1]) Auch ist es nicht Diebstahl, wenn angeheiterte Studenten des Nachts eine Firmatafel von einem Geschäftsladen wegnehmen und eine

[1]) Merkel, Holtzendorff's Handbuch, III, 634, berichtet, daß der französische Cassationshof in einem solchen Falle das auf vol lautende Urtheil der I. Instanz cassirt habe. Selbstverständlicherweise bliebe die Specialbestimmung des Entwurfes §. 326 anwendbar.

Digitized by Google

Viertelstunde weit hinwegschleppen. [1]) Und ebensowenig wäre dieses Delict anzunehmen, wenn bei einer Wählerversammlung Jemand dem wenig redegewandten Candidaten der Gegenpartei in dem Augenblicke, als er seine Wahlrede beginnen soll, das Manuscript derselben aus der Tasche zieht, um ihm seine Wahlchancen zu verderben oder vielleicht auch nur um sich am Anblick seiner Hilflosigkeit zu weiden. Mit vollem Rechte hat denn auch die Generalprocuratur eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gegen das Urtheil des Bezirksgerichtes Ronsperg ergriffen, welches das in den Worten „um seines Vortheiles willen" ausgedrückte Delictsmerkmal lediglich darin verkörpert fand, daß „die Angeklagten den Georg D. (den angeblich Bestohlenen) ärgern und bei der Bevölkerung lächerlich machen wollten, um sich dessen sodann rühmen zu können", und hat der Cassationshof in seiner Plenar-Entscheidung vom 17. April 1890, Z. 2889 (Sammlung, Nr. 1316) den Standpunkt des bezirksgerichtlichen Urtheiles für einen rechtsirrthümlichen und die Verurtheilung des Angeklagten für eine gesetzwidrige erklärt. Ebenso müßte nach geltendem Rechte derjenige außer Verfolgung bleiben, beziehungsweise freigesprochen werden, der auf dem Balle seiner Tänzerin heimlich eine Schleife entwendet hat, wenn der das „Verhältniß" mißbilligende Vater gegen ihn die Anzeige wegen Diebstahls erstattet.

Hingegen liegt allerdings Diebstahl vor, wenn die Entwendung der Sache erfolgte, um von derselben als von einer Werth habenden Gebrauch zu machen, mag auch der betreffende Gebrauch für die Auffassung eines anderen Beurtheilers sich nicht gerade als ein vortheilhafter darstellen. So begeht zweifellos einen Diebstahl, wer sich eine fremde Pistole zueignet, um sich mit derselben zu erschießen. [2]) Aus dem gleichen Grunde wird die Anwendbarkeit des Diebstahlsbegriffes auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Dieb von vorneherein beabsichtigte, die gestohlene Sache zu verschenken. Denn die Möglichkeit, eine werthhabende Sache zu verschenken, enthält in sich schon eine Bereicherung gegenüber der früheren Vermögenslage. Aber selbst dann, wenn sich

---

[1]) Vgl. die auf diesen Fall anwendbare Strafdrohung des §. 421, Nr. 3 des Entwurfes.

[2]) Einzelne preußische Autoren haben unter der Herrschaft des allgemeinen preußischen Landrechtes freilich angenommen, daß in einem solchen Falle, in welchem sich der Angeklagte mit der entwendeten Sache nur „etwas zu Leide thun" wollte, davon nicht die Rede sein könne, daß er dieselbe „um seines Vortheiles willen" entwendet habe. Vgl. Goltdammer, Materialien. II, S. 466.

Digitized by Google

der Thäter des Verkehrswerthes der Sache gar nicht bewußt gewesen sein sollte, genügt es zur Zurechnung des Diebstahles, wenn er sie um ihres Gebrauchswerthes willen sich zugeeignet hat. Deshalb ist es Diebstahl, wenn ein Gefangener, um zu entfliehen, sich ein Seil oder einen Civilanzug zueignet und bei der Flucht mit demselben betreten wird oder, wenn ihm die Flucht gelungen, es unterläßt, diese Sachen, nachdem er in Sicherheit gelangt ist, zurückzustellen. [1])

7. Genügt zum Thatbestande des Diebstahls nicht die Absicht, die dem Anderen entzogene Sache sofort zu vernichten. Zweifel können höchstens entstehen, wenn die Vernichtung selbst in eigennütziger Endabsicht geplant ist, wie in dem Falle der Entscheidung des Cassationshofes vom 1. März 1886 (Sammlung, Nr. 892). Ein Branntweinschmuggler hatte, um einen Concurrenten zu schädigen, einen Kahn, mit welchem dieser sein Gewerbe betrieb, mit Steinen beschwert und in den Fluß versenkt. Der Cassationshof hat die gegen die Verurtheilung wegen Diebstahls erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und sich hierbei zum ersten und einzigen Male rückhaltlos auf den Standpunkt Janka's gestellt. Er sprach aus: „Der §. 171 unterscheidet nicht zwischen Vortheilen, welche das Vermögen vermehren, und anderen Vortheilen. Der diebische Vortheil liegt in der Herrschaftsanmaßung über die fremde Sache; ob dieselbe um ihrer selbst willen, d. h. in Bereicherungsabsicht, oder zu anderen Zwecken und insbesondere zum Zwecke der sofortigen unentgeltlichen Weitergebung oder zur Zerstörung dem Eigenthümer entzogen wird, bleibt für die Beurtheilung des in Frage stehenden gesetzlichen Merkmales vollkommen unentscheidend." Daß „die Herrschaftsanmaßung über die fremde Sache" an und für sich, ohne Rücksicht auf den Zweck des Angeklagten, zur Constituirung des „diebischen Vortheiles" ausreiche, steht im Widerspruche mit allen sonstigen, diese Frage betreffenden Aussprüchen unseres

[1]) Im Resultate ist daher die Entscheidung des Cassationshofes Nr. 665 ganz richtig. Die überaus lakonische Begründung derselben freilich ist nicht unbedenklich. Der Cassationshof begnügte sich damit, auszusprechen: „Die Nichtigkeitsbeschwerde beruht auf der Annahme, daß §. 171 unter „Vortheil" einen Gewinn versteht, welcher das Vermögen vermehrt. In dieser Allgemeinheit aber ist die Behauptung nicht begründet; denn §. 171 unterscheidet nicht zwischen einem Vortheile, der das Vermögen vermehrt und anderen Vortheilen." Eine Andeutung der entgegengesetzten Auffassung eines theilweise ähnlichen Falles findet sich in der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 6. Mai 1868 (Glaser's Sammlung, Nr. 1226).

Digitized by Google

höchsten Gerichtshofes. Nichtsdestoweniger ist, so gewiß wir auch den Gründen der Entscheidung unsere Zustimmung versagen müssen, diese selbst nicht ohne gesetzliche Basis. Denn wenn wir annehmen, was allerdings aus der Entscheidung selbst nicht vollkommen deutlich hervorgeht, daß die Versenkung des Kahnes erst an einem Orte und zu einer Zeit erfolgte, wo derselbe der Einwirkung seines Eigenthümers bereits völlig entzogen war, wo also die Entsetzung desselben aus dem Besitze des Kahnes bereits perfect war, so läßt sich nicht leugnen, daß der Angeklagte zunächst eine fremde bewegliche Sache aus eines Andern Besitz ohne dessen Einwilligung entzog und daß er sie erst dann zerstörte, nachdem sie sich bereits in seiner Gewahrsam befand. Es ist ferner klar, daß er „um seines Vortheiles willen" gehandelt hat, da er ja dadurch sich eines Concurrenten entledigen wollte. So wären denn alle Momente des Diebstahlsbegriffes in dem vorliegenden Falle verwirklicht. Trotz dieser Entscheidung bleibt also für das österreichische Recht jener Satz aufrecht, den der Generalprocurator v. Cramer in der Verhandlung des Cassationshofes vom 20. August 1874 (Sammlung, Nr. 21) unter Zustimmung des Gerichtes aufgestellt hat, daß „das Entziehen einer Sache", wenn es als Diebstahl soll aufgefaßt werden können, „in anderer Weise als durch Zerstörung derselben bewirkt worden sein müsse".

III.

Fragen wir uns nun, wie wären alle die sehr mannigfachen Fälle, welche unter den vorstehenden sieben Nummern aufgeführt worden sind, nach der Diebstahlsdefinition des Entwurfes zu entscheiden? Wenn wir uns die Rechtsprechung auf Grund des mit dem Entwurfe völlig gleichlautenden deutschen Gesetzes vor Augen halten, so ist die Antwort nicht zweifelhaft.[1]) Abgesehen von jenen Fällen der Selbsthilfe, in welchen ein Anspruch auf die weggenommene specielle Sache

[1]) Ganz vereinzelt freilich hat Birkmeyer in Holtzendorff's Rechtslexikon, Artikel „Gewinnsüchtige Absicht" (3. Aufl.), II, 181, die Ansicht, daß auch nach deutschem Rechte gewinnsüchtige Absicht zum Diebstahl erfordert werde, vertheidigt, hierin jedoch nur geringe Zustimmung gefunden. Theilweise folgt ihm Hälschner, II, 300 ff., in einer Argumentation, welche aber gegenüber dem Wortlaut des §. 242 des deutschen Reichs-Strafgesetzbuches kaum als beweiskräftig angesehen werden kann. Auf die Praxis der deutschen Gerichte haben, so weit ich dieselbe zu überblicken vermag, diese abweichenden Anschauungen denn auch keinen Einfluß gewonnen.

Digitized by Google

bestand, und vielleicht auch von denen des Wegnehmens in Zerstörungsabsicht müßte auf Grund des neuen Gesetzes in all den anderen angeführten Fällen wegen Diebstahls verurtheilt werden. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß unsere Gerichte den §. 256 des Entwurfes gerade so auffassen müßten, wie die deutschen Gerichte den völlig gleichlautenden §. 242 ihres Strafgesetzbuches auslegen.

Herrschende Ansicht in der deutschen Literatur wie in der deutschen Praxis ist es, daß Diebstahl aus dem Gesichtspunkte der Selbsthilfe nur dann ausgeschlossen werden dürfe, „wenn ein Anspruch auf (sofortige) Uebertragung des Eigenthumes an der (betreffenden) Sache selbst — ein Recht „zur Sache" — besteht" [1]), so daß selbst dann Diebstahl anzunehmen ist, wenn für eine begründete Geldforderung Geld weggenommen wird, sofern der Anspruch nicht gerade auf Uebertragung der weggenommenen Geldstücke ging.[2])

Was den Fall der Wegnahme in Zerstörungsabsicht betrifft, so geht zwar die Ansicht des deutschen Reichsgerichtes dahin, daß dieselbe nicht als Diebstahl aufzufassen sei, aber eine Reihe der hervorragendsten Autoren, insbesondere Olshausen und Hälschner bekämpfen diese Auffassung als eine der Consequenz entbehrende.

Alle übrigen oben angeführten Fälle hingegen sind zweifellos unter den Diebstahlsbegriff des deutschen Gesetzes und des Entwurfes zu subsumiren, sofern sie nicht, wie dies im deutschen Rechte durch §. 370, Nr. 6 mit einem Specialfalle der oben aufgestellten 5. Kategorie [3]) oder im österreichischen Entwurf §. 421, Nr. 3 mit einem solchen

[1]) Vgl. unter Bezugnahme auf Entscheidungen des Reichsgerichtes Olshausen, Nr. 32, ad §. 242; v. Liszt, Lehrbuch. 4. Aufl., S. 442; Merkel, a. a. O., S. 658, der, ein principieller Gegner dieser Auffassung, gleichwohl zugibt, daß das Reichs-Strafgesetzbuch (so unangemessen dies auch ist) zur Anwendung des Diebstahlsbegriffes auf diese Fälle nöthige. Vgl. auch Hälschner, II, 296 ff., bes. 298. Ueber die vielbesprochene Entscheidung des deutschen Reichsgerichtes vom 9. Februar 1880 (Entscheidung I, 193 ff.) vgl. insbesondere die kritischen Erörterungen von John und Ruhstrat in der Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft. I, S. 248 ff. und I, S. 313 ff.

[2]) Auch in dem im §. 2 angeführten Falle der Entscheidung Nr. 987 der Glaser'schen Sammlung wäre die Gefahr nicht zu leugnen, daß das Gericht den Begriff der „Rechtswidrigkeit" der Zueignung rein formell auffassen und deshalb wegen Diebstahls verurtheilen könnte.

[3]) Mit Geldstrafe bis 150 Mark oder mit Haft wird bestraft, wer Getreide oder andere zur Fütterung des Viehes bestimmte oder geeignete Gegen-

Digitized by Google

höchsten Gerichtshofes. Nichtsdestoweniger ist, so gewiß wir auch den Gründen der Entscheidung unsere Zustimmung versagen müssen, diese selbst nicht ohne gesetzliche Basis. Denn wenn wir annehmen, was allerdings aus der Entscheidung selbst nicht vollkommen deutlich hervorgeht, daß die Versenkung des Kahnes erst an einem Orte und zu einer Zeit erfolgte, wo derselbe der Einwirkung seines Eigenthümers bereits völlig entzogen war, wo also die Entsetzung desselben aus dem Besitze des Kahnes bereits perfect war, so läßt sich nicht leugnen, daß der Angeklagte zunächst eine fremde bewegliche Sache aus eines Andern Besitz ohne dessen Einwilligung entzog und daß er sie erst dann zerstörte, nachdem sie sich bereits in seiner Gewahrsam befand. Es ist ferner klar, daß er „um seines Vortheiles willen" gehandelt hat, da er ja dadurch sich eines Concurrenten entledigen wollte. So wären denn alle Momente des Diebstahlsbegriffes in dem vorliegenden Falle verwirklicht. Trotz dieser Entscheidung bleibt also für das österreichische Recht jener Satz aufrecht, den der Generalprocurator v. Cramer in der Verhandlung des Cassationshofes vom 20. August 1874 (Sammlung, Nr. 21) unter Zustimmung des Gerichtes aufgestellt hat, daß „das Entziehen einer Sache", wenn es als Diebstahl soll aufgefaßt werden können, „in anderer Weise als durch Zerstörung derselben bewirkt worden sein müsse".

III.

Fragen wir uns nun, wie wären alle die sehr mannigfachen Fälle, welche unter den vorstehenden sieben Nummern aufgeführt worden sind, nach der Diebstahlsdefinition des Entwurfes zu entscheiden? Wenn wir uns die Rechtsprechung auf Grund des mit dem Entwurfe völlig gleichlautenden deutschen Gesetzes vor Augen halten, so ist die Antwort nicht zweifelhaft.[1]) Abgesehen von jenen Fällen der Selbsthilfe, in welchen ein Anspruch auf die weggenommene specielle Sache

[1]) Ganz vereinzelt freilich hat Birkmeyer in Holtzendorff's Rechtslexikon, Artikel „Gewinnsüchtige Absicht" (3. Aufl.), II, 181, die Ansicht, daß auch nach deutschem Rechte gewinnsüchtige Absicht zum Diebstahl erfordert werde, vertheidigt, hierin jedoch nur geringe Zustimmung gefunden. Theilweise folgt ihm Hälschner, II, 300 ff., in einer Argumentation, welche aber gegenüber dem Wortlaut des §. 242 des deutschen Reichs-Strafgesetzbuches kaum als beweiskräftig angesehen werden kann. Auf die Praxis der deutschen Gerichte haben, so weit ich dieselbe zu überblicken vermag, diese abweichenden Anschauungen denn auch keinen Einfluß gewonnen.

Digitized by Google

bestand, und vielleicht auch von denen des Wegnehmens in Zerstörungsabsicht müßte auf Grund des neuen Gesetzes in all den anderen angeführten Fällen wegen Diebstahls verurtheilt werden. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß unsere Gerichte den §. 256 des Entwurfes gerade so auffassen müßten, wie die deutschen Gerichte den völlig gleichlautenden §. 242 ihres Strafgesetzbuches auslegen.

Herrschende Ansicht in der deutschen Literatur wie in der deutschen Praxis ist es, daß Diebstahl aus dem Gesichtspunkte der Selbsthilfe nur dann ausgeschlossen werden dürfe, „wenn ein Anspruch auf (sofortige) Uebertragung des Eigenthumes an der (betreffenden) Sache selbst — ein Recht „zur Sache" — besteht" [1]), so daß selbst dann Diebstahl anzunehmen ist, wenn für eine begründete Geldforderung Geld weggenommen wird, sofern der Anspruch nicht gerade auf Uebertragung der weggenommenen Geldstücke ging.[2])

Was den Fall der Wegnahme in Zerstörungsabsicht betrifft, so geht zwar die Ansicht des deutschen Reichsgerichtes dahin, daß dieselbe nicht als Diebstahl aufzufassen sei, aber eine Reihe der hervorragendsten Autoren, insbesondere Olshausen und Hälschner bekämpfen diese Auffassung als eine der Consequenz entbehrende.

Alle übrigen oben angeführten Fälle hingegen sind zweifellos unter den Diebstahlsbegriff des deutschen Gesetzes und des Entwurfes zu subsumiren, sofern sie nicht, wie dies im deutschen Rechte durch §. 370, Nr. 6 mit einem Specialfalle der oben aufgestellten 5. Kategorie [3]) oder im österreichischen Entwurf §. 421, Nr. 3 mit einem solchen

---

[1]) Vgl. unter Bezugnahme auf Entscheidungen des Reichsgerichtes Olshausen, Nr. 32, ad §. 242; v. Liszt, Lehrbuch. 4. Aufl., S. 442; Merkel, a. a. O., S. 658, der, ein principieller Gegner dieser Auffassung, gleichwohl zugibt, daß das Reichs-Strafgesetzbuch (so unangemessen dies auch ist) zur Anwendung des Diebstahlsbegriffes auf diese Fälle nöthige. Vgl. auch Hälschner, II, 296 ff., bes. 298. Ueber die vielbesprochene Entscheidung des deutschen Reichsgerichtes vom 9. Februar 1880 (Entscheidung I, 193 ff.) vgl. insbesondere die kritischen Erörterungen von John und Ruhstrat in der Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft. I, S. 248 ff. und I, S. 313 ff.

[2]) Auch in dem im §. 2 angeführten Falle der Entscheidung Nr. 987 der Glaser'schen Sammlung wäre die Gefahr nicht zu leugnen, daß das Gericht den Begriff der „Rechtswidrigkeit" der Zueignung rein formell auffassen und deshalb wegen Diebstahls verurtheilen könnte.

[3]) Mit Geldstrafe bis 150 Mark oder mit Haft wird bestraft, wer Getreide oder andere zur Fütterung des Viehes bestimmte oder geeignete Gegen-

Digitized by Google

der 6. Gruppe [1]) geschehen ist, durch ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers ausgeschieden sind.

Insbesondere gilt dies auch von dem Falle der Zueignung von Sachen ganz unbedeutenden Werthes, soferne dieselbe nicht etwa ausnahmsweise unter den Begriff des Mundraubes subsumirt werden kann. Das Bedürfniß nach Ausschließung der Gefängnißstrafe für solche Fälle wird auch in Deutschland lebhaft empfunden und hat zu dem Vorschlage geführt, beim Diebstahl für den Fall des Vorliegens mildernder Umstände auch Haft und Geldstrafe zuzulassen [2]), ein Vorschlag der meines Erachtens ganz unannehmbar ist, weil er nur zur Verirrung und Trübung des sittlichen und rechtlichen Urtheiles der Bevölkerung über den wirklichen Diebstahl führen könnte. [3]) Nicht milde Behandlung des Diebstahls, sondern vielmehr strenge Beurtheilung desselben unter Ausscheidung aller jener Fälle, welche einen anderen ethischen Charakter an sich tragen, kann das Ziel der Strafgesetzgebung sein.

IV.

Fragen wir nun weiter, ob jene Aenderung unseres bisherigen Rechtszustandes einem in der Rechtspflege zu Tage getretenen Bedürfnisse entspreche, so werden wir auch nicht die Spur eines solchen aufzufinden vermögen. [4])

Ja im Gegentheile, es lassen sich nicht die geringsten Gründe, weder solche der Gerechtigkeit, noch auch nur solche der Zweckmäßigkeit dafür anführen, weshalb eine That nach Art der oben angeführten in

---

stände wider Willen des Eigenthümers wegnimmt, um dessen Vieh damit zu füttern.

[1]) Mit Haft bis zu einer Woche oder an Geld bis zu 40 fl. wird bestraft, wer (fremde ihrem Zwecke noch dienende Privatanschläge oder) Firmatafeln unbefugt wegnimmt u. s. w.

[2]) Vgl. z. B. Friedländer, Der Mundraub in Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft. XI, S. 407, Anm. 157.

[3]) Vgl. meine Criminalpolitischen Studien im Gerichtssaal, 44. Bd., S. 228 und Friedmann, Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages, II, 129.

[4]) Früher, zur Zeit der Herrschaft gesetzlicher Beweisregeln, wurde wohl gegen die Aufnahme des Momentes gewinnsüchtiger Absicht in die Diebstahlsdefinition geltend gemacht, daß dem Richter „die Verlegenheit erspart werden solle, den bestimmten Beweis der Gewinnsucht erbringen zu müssen". So geschah dies von Savigny gegenüber den älteren Entwürfen des preußischen Strafgesetzbuches. Vgl. Goltdammer, Materialien. II, S. 465.

Digitized by Google

Zukunft als Diebstahl sollte bezeichnet und bestraft werden dürfen. Freilich behalten darf derjenige, der sich in einem dieser Fälle unbefugt eine fremde Sache zugeeignet hat, dieselbe nicht; ihr Eigenthümer ist vielmehr — außer in dem Falle, daß der Angeklagte nur Selbsthilfe geübt hätte — befugt, das ihm rechtswidrig Entzogene zu vindiciren. Es wird sich auch empfehlen, jede derartige Störung der Besitzordnung, sofern sie nicht ohnedies, wie die zuletzt angeführten Fälle der Sachbeschädigung, unter einen bereits vom geltenden Rechte anerkannten Verbrechensbegriff zu subsumiren ist, mit einziger Ausnahme der in der ersten Gruppe behandelten Fälle unter Strafdrohung zu stellen. Namentlich, was die Fälle der 2. und 3. Kategorie betrifft, so geht es nicht an, daß etwa ein übermüthiger Millionär sich straflos anmaßen dürfte, Sachen eines Anderen, die für diesen einen besonderen individuellen Werth besitzen, unter Hinterlassung ihres vollen Verkehrswerthes sich eigenmächtig zueignen. Und auch für die Fälle der Wegnahme injuriae causa und andere in der 6. Gruppe zusammengestellte würde sich eine mäßige Strafdrohung empfehlen. Desgleichen sollten auch die Fälle der Selbsthilfe aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung nicht völlig straflos ausgehen. [1])

Aber Diebstahl dürfen jene Thaten nicht genannt werden, mit dem Diebe darf ihr Urheber nicht auf Eine Stufe gestellt werden. Denn der Diebstahl ist ein Vermögensdelict, jene Thaten aber sind weit eher als Delicte gegen die Freiheit oder gegen die staatliche Ordnung zu beurtheilen, denn als solche gegen das Vermögen. Ihr Urheber beabsichtigt weder, für sich einen Vermögensvortheil zu gewinnen, noch einem Anderen einen Vermögensnachtheil zuzufügen.

Nichtsdestoweniger ist, wie gesagt, ein derartiger rechtswidriger Eingriff in eine fremde Besitzsphäre an und für sich strafwürdig.

Vom Standpunkte des Strafrechtes aus wird gewöhnlich übersehen, daß der Besitz nicht blos wegen seiner Bedeutung für das Vermögen des Besitzers geschützt werden müsse, sondern auch schon deshalb, weil er ein thatsächlicher Zustand ist, der durch den Willen und

[1]) Ganz richtig hat dies auch der „Referenten Entwurf" Hye's von 1863 erkannt, welcher in §. 163 eine allgemeine Strafdrohung gegen alle Fälle der Selbsthilfe aufstellte. Vgl. Motive zu diesem Entwurfe, S. 98, und Merkel, Bemerkungen über den speciellen Theil des österreichischen Strafgesetzentwurfes (S.-A. aus der „Wiener Zeitung"), 1867, 1. Heft, S. 23 ff.

Digitized by Google

die Macht einer Person besteht. Wer diesen thatsächlichen Zustand vorsätzlich stört, verletzt dadurch eben diese Person, deren Willen und deren Macht er durchbricht. Handelt es sich um einen Diebstahl, so treffen beide Gründe der Strafbarkeit zusammen, freilich in der Art, daß für die Betrachtung des praktischen Lebens der erste derselben so sehr über den zweiten überwiegt, daß dieser oft völlig übersehen wird. Handelt es sich aber um eine jener oben besprochenen Entwendungen, so entfällt die vorsätzliche Vermögensschädigung; der Eingriff in den fremden Besitz ist dann nichts als eine Kränkung, als eine Nichtachtung des fremden Willens. Es ist daher begreiflich, daß die Strafe, die er verdient, eine weit mildere sein muß, als jene des Diebstahls und insbesondere, daß sie keine entehrende sein darf. Es heißt geradezu, den Charakter des Diebstahls fälschen, wenn der Gesetzgeber Thaten dieser Art, die Niemand als entehrende empfindet, mit dem schimpflichen Diebstahl unter demselben Begriffe und unter demselben Namen zusammenfaßt; es heißt, Demjenigen, der eine solche, unter Umständen sehr milde zu beurtheilende That gesetzt hat, ein schweres Unrecht zufügen, wenn man ihn als Dieb verurtheilt, und wäre es auch nur, daß er blos zu Einem Tage Gefängniß oder etwa blos zu Geldstrafe verurtheilt würde; es heißt aber auch das Rechtsbewußtsein des Volkes irreführen und seinen Abscheu vor dem Diebstahle zweckwidrig abschwächen, wenn der wirkliche Dieb in dieselbe Kategorie gestellt wird mit einem Manne, der eine der angeführten Eigenmächtigkeiten verübt hat. [1])

So gelangt denn auch die bedeutendste Untersuchung, welche die deutsche Rechtswissenschaft über das Verbrechen des Diebstahls besitzt, Merkel's Monographie in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechtes, zu einer entschiedenen Mißbilligung der Diebstahlsdefinition des deutschen Strafgesetzbuches. Merkel tadelt de lege ferenda, daß „der ignominiöse Charakter des Diebstahls dadurch in Frage gestellt werde, daß man seinen Begriff auf Strohhalmaffairen ausdehnt (a. a. O. S. 634), er mißbilligt es, daß das deutsche Recht den „eigenmächtigen Tausch" (S. 660) und die Wegnahme zur Selbsthilfe wenigstens in jenen Fällen, in welchen das dem Angeklagten zustehende Recht sich nicht gerade auf das specielle Object seines Zugriffes bezieht (S. 658),

[1]) Vgl. Merkel, Criminalistische Abhandlungen. II, S. 70 f.; meine Criminalpolitischen Studien in Gerichtssaal. 44. Bd., S. 190 und Friedmann a. a. O. II, 131.

Digitized by Google

als Diebstahl behandle, ja er geht in dieser Richtung so weit, daß er Diebstahl auch dann negirt, „wenn die Durchführbarkeit des Anspruches im gerichtlichen Wege mit Rücksicht auf formelle Mängel der Schuldurkunde als problematisch erscheint", oder „wenn der betreffende Anspruch mit einem Klagerechte nicht ausgestattet ist" (S. 659). Er fordert die Ausscheidung der in Zerstörungsabsicht erfolgenden Entwendung aus dem Begriffe des Diebstahls (S. 650), billigt die abgesonderte Behandlung des Futterdiebstahles in §. 370, Nr. 6 (S. 652) und faßt schließlich sein Urtheil über die Diebstahlsdefinition des deutschen Rechtes in folgenden Ausführungen zusammen: „In dem Gesagten liegt der Beweis, daß die wesentlichen Merkmale des Diebstahls in der Definition des Reichs-Strafgesetzbuches nicht vollständig enthalten sind. Denn die Behandlung der hervorgehobenen Fälle als Diebstahl entspricht der Natur der Sache und der volksthümlichen Auffassung nicht. Es fehlt bei ihnen das materielle Merkmal, welches den Diebstahl mit Unterschlagung, Betrug, Erpressung und Raub zu einer gleichmäßig zu behandelnden Familie verbindet und dieser ihren eigenthümlichen Charakter und ihre Bedeutung gegenüber den gesellschaftlichen Interessen verleiht: die Absicht mittelst des aus der Herrschaft des Berechtigten in die des Thäters gebrachten Objectes sich oder dritte auf Kosten Anderer zu bereichern." [1])

Und wir? Wir sollen eine Gesetzesbestimmung, welche bis in die allerneueste Zeit immer so ausgelegt worden ist, daß alle diese ungerechten und nachtheiligen Consequenzen vermieden wurden, durch eine andere ersetzen, von welcher wir von vorneherein wissen, daß ihr jene schweren ethischen und criminalpolitischen Bedenken entgegenstehen. Unsere Gesetzgebung hätte, wenn sie diesen Schritt thun würde, nicht einmal jene Entschuldigung für sich, auf welche der deutsche Gesetzgeber des Jahres 1870 sich berufen kann, daß er durch die Eile, mit welcher die Redaction des großen Werkes betrieben werden mußte, gedrängt, die wahre Tragweite der von ihm gesetzten Norm übersah und sich Täuschungen über deren mögliche Auffassung hingab, Täuschungen, wie sie wenigstens hinsichtlich der Beurtheilung des Falles der Selbsthilfe in den Motiven

[1]) Vgl. ähnliche ungünstige Urtheile über den §. 242 des deutschen Strafgesetzbuches bei Hälschner, Deutsches Strafrecht, II, 295; Binding in seiner Kritik des österreichischen Strafgesetz-Entwurfes, Zeitschr. f. Privat- und öffentliches Recht, II, 689; vgl. auch Normen (1. Auflage), II, 539 ff.; Rüdorff-Stenglein, Commentar, Nr. 24, ad §. 242.

Digitized by Google

ganz deutlich zu Tage treten. [1]) Unser Gesetzgeber würde diesen verantwortungsvollen Schritt thun trotz der oben wiedergegebenen Mahnungen der ersten wissenschaftlichen Autorität auf dem Gebiete der Vermögensdelicte [2]), trotz der Erfahrungen auf Grund des deutschen Gesetzestextes.

V.

Der einzige Mangel, welcher der Definition des Diebstahls in unserem geltenden Gesetze etwa anhaftet, besteht darin, daß sie dasjenige, was sie ausdrücken soll und ausdrücken will, vielleicht nicht so völlig zweifellos zum Ausdrucke bringt, als dies wünschenswerth wäre, um Mißverständnisse auszuschließen, wie sie bei Janka und Finger und in den Gründen zu der Entscheidung Nr. 892 des Cassationshofes zu Tage treten.

Diesem Mangel könnte sehr leicht dadurch abgeholfen werden, daß man an Stelle der Worte, „um seines Vortheiles willen" nach dem Vorbilde des sächsischen Strafgesetzbuches von 1855, Art. 272, die anderen substituiren würde: „um einen unrechtmäßigen Gewinn zu ziehen". [3])

Die Diebstahlsdefinition hätte darnach etwa folgendermaßen zu lauten: „Wer eine fremde bewegliche Sache aus eines anderen Innehabung ohne dessen Einwilligung entzieht, um durch ihre Zueignung sich oder anderen einen rechtswidrigen Gewinn zu verschaffen, begeht einen Diebstahl."

---

[1]) Die Motive hielten den Fall, daß „Jemand eine fremde Sache wegnimmt, um aus ihr sich für eine ihm an den Anderen zustehende Forderung zu befriedigen" nicht für Diebstahl, „weil hier der Thäter nicht durch die Thatsache der Wegnahme allein, wie der Dieb, sich die Sache aneignen will, sondern zugleich auf Grund seines Anspruches auf Befriedigung aus dem Vermögen seines Schuldners, welchem er die Sache eigenmächtig entzogen". Vgl. hierüber auch Hälschner, II, 296.

[2]) Merkel hat diese Mahnungen wiederholt und geradezu an die Adresse der österreichischen Gesetzgebung gerichtet in seinen oben citirten „Bemerkungen" (S.-A. aus der „Wiener Zeitung", Nr. 305 von 1867), III. Heft, S. 5 ff. und Binding hat sich dieser Mahnung angeschlossen. Zeitschr. f. Privat- und öffentl. Recht. II, 689.

[3]) Ganz ähnlich das Strafgesetzbuch für die thüringischen Staaten von 1849, Art. 213, und das für das Großherzogthum Baden von 1851, §. 376. Im Wesen stimmen auch überein die Strafgesetzbücher für Braunschweig (von 1840, §. 213) und für Hamburg (von 1869, Art. 183), welche beide „gewinnsüchtige Absicht" erfordern.

Digitized by Google

Dadurch, daß diese Definition die diebische Absicht ausdrücklich auf den Fall der Bereicherungsabsicht zu Gunsten eines Dritten ausdehnt, entgeht sie auch jener so oft erhobenen, aber trotzdem grundlosen [1]) Einwendung gegen das Begriffsmerkmal „um seines Vortheiles willen", daß nämlich unter Voraussetzung desselben derjenige nicht als Dieb bestraft werden könnte, der eine Sache gestohlen hat, um sie sofort zu verschenken. [2])

Im Uebrigen wäre in ihr der Terminus „Besitz" durch den correcteren „Gewahrsam" ersetzt und der Causalzusammenhang zwischen der Handlung des Thäters und dem rechtswidrigen Erfolge genauer präcisirt.

Ihre Ergänzung hätte diese Strafdrohung zu finden durch eine andere gegen denjenigen, der „rechtswidrig, aber ohne die im §... vorausgesetzte Absicht, eine in Geld abschätzbare fremde, bewegliche Sache aus eines Anderen Innehabung ohne dessen Einwilligung entzieht". Dieses Delict könnte als Besitzentsetzung bezeichnet werden und mit Gefängniß bis zu etwa 3 Monaten (ohne besonderes Minimum) oder an Geld bis zum doppelten Werthe der entzogenen Sache bestraft werden. In der Definition dieses Delictes mußte der Umstand, daß die betreffende Sache einen Verkehrswerth besitze, besonders hervorgehoben werden, weil dieses Erforderniß hier nicht wie beim Diebstahl aus der Absicht des Thäters abgeleitet werden kann.

Der Fall der Selbsthilfe aber wäre unter diese Strafdrohung nicht zu subsumiren, weil es für ihn ganz belanglos ist, daß er sich

---

[1]) Vgl. oben S. 10. Wäre aber diese Einwendung begründet, dann müßte consequenterweise das „um seines Vortheiles willen" nicht blos in der Definition des Diebstahls, sondern auch in jener der Hehlerei gestrichen werden, in welcher es sich gleichwohl im deutschen Reichs-Strafgesetzbuch, §. 258 f., ebenso wie in unserem Entwurfe, §. 279, als Constitutivmerkmal findet. Denn zweifellos muß auch derjenige als Hehler bestraft werden können, der den gestohlenen Schmuck an sich bringt, um ihn seiner Geliebten zu schenken.

[2]) Ein anderer Grund, der von Hye in seiner Motivendarstellung zum Entwurf von 1863 für den Anschluß an die Definition des preußischen Strafgesetzbuches angeführt wurde, lag darin, daß man den Zweifel darüber ausschließen wollte, ob nicht auch das furtum usus nach §. 171 österr. St. G. B. als Diebstahl aufzufassen wäre. Dieser Grund entfällt jedoch für den gegenwärtigen Entwurf dadurch, daß derselbe das furtum usus im §. 517 ausdrücklich aus dem Thatbestande des Diebstahls ausgeschieden hat.

Digitized by Google

in concreto gerade in diebstahlsähnlicher Form vollzogen hat. Es wäre vielmehr eine allgemeine Strafdrohung gegen die Uebertretung der unbefugten Selbsthilfe aufzustellen, gleichgiltig ob sich dieselbe in der äußeren Form des Diebstahls, des Betruges, der Unterschlagung vollzogen hat, sofern sie nur ohne Gewaltanwendung gegen eine Person erfolgte, während eine zweite strengere Strafdrohung jene schwereren Fälle als Vergehen zu treffen hätte, in denen die Selbsthilfe durch das angewendete Mittel entweder der Gewalt, beziehungsweise Drohung oder der Fälschung qualificirt ist. Selbstverständlich ist, daß soweit das Civilrecht ein Recht der Selbsthilfe anerkennt (vgl. a. b. G. B. §. 1321 und H. G. B. Art. 313 und 314, jedoch mit der Beschränkung durch Art. 313, al. 2), deren Ausübung nicht strafbar sein kann.

VI.

Von den Gesetzen fremder Staaten haben das Merkmal der Bereicherungsabsicht in die Diebstahlsdefinition aufgenommen das italienische Strafgesetzbuch, Art. 402 („per trarne profitto"), das norwegische Strafgesetzbuch, Cap. 19, §. 1 seit der Amendirung durch das Gesetz vom 29. Juni 1889 („at forskaffe sig eller Andre en uberettiget Vinding"), die Gesetze einzelner Schweizer Cantone und das spanische Strafgesetzbuch, Art. 437; während das niederländische Strafgesetzbuch, Art. 310 und das ungarische, Art. 333, dem Vorbilde des deutschen Rechtes gefolgt sind.

Das französische, Art. 379, belgische, Art. 461, luxemburgische, Art. 461, und portugiesische, Art. 421, sowie das Recht der romanischen Cantone der Schweiz fordert zum Thatbestande des Diebstahls die soustraction fraudouleuse, über deren Bedeutung die Meinungen der Interpreten allerdings ziemlich weit auseinandergehen. Nach englischem Rechte ist animus lucri faciendi wohl kaum erfordert, hingegen vermag die Rechtsprechung der Vereinigten Staaten nicht zu vergessen, daß der Unabhängigkeitskrieg damit begann, daß die aus England gekommenen Theekisten, um ihre Verzollung zu hindern, ihren Eigenthümern weggenommen und in's Meer geworfen wurden, was selbst damals nicht als larceny, sondern nur als riot aufgefaßt wurde.[1]) Die englischen Strafgesetz-

[1]) Wharton, Treatise on criminal law. Philadelphia 1880, §. 895 and 899.

Digitized by Google

entwürfe sind bei aller Weitschweifigkeit der Definition des Diebstahls (vgl. Criminal Code Bill 1878, sect. 189 und 1879, sect. 246) gerade in Betreff dieser Frage völlig unklar.

Die Strafgesetzbücher für Dänemark (Cap. 23), Schweden (Cap. 20) und Finnland (Cap. 28) endlich geben überhaupt keine Definition des Diebstahls, sondern begnügen sich damit, eine Strafdrohung gegen denjenigen aufzustellen, der gestohlen hat.

VII.

Mit der beantragten Aenderung der Definition des Diebstahls müßte selbstverständlicherweise auch der §. 195, al. 2 [1]), in Uebereinstimmung gebracht werden. Aber auch nach anderen Richtungen hin bedürfte diese Gesetzesstelle einer Amendirung. Meines Erachtens wäre derjenige, der Gegenstände von einem Grabe entwendet, nicht blos gleich einem Diebe, sondern als Dieb zu behandeln, denn seine That ist ein wahrer Diebstahl. Die Marmorstatue, welche das Grabdenkmal krönt, oder die Laterne, welche am Allerheiligenfeste an dem Grabsteine aufgesteckt wird, sind doch wahrlich keine res derelictae, an denen ein eigentlicher Diebstahl nicht begangen werden könnte. Und selbst der Ehering, der an dem Finger des zur Ruhe gebetteten Körpers belassen wird, ist nicht derelinquirt, d. h. dem Zugriffe des ersten Besten preisgegeben. Wer sich desselben aus Gewinnsucht bemächtigt, ist in Wahrheit ein Dieb und hat die Bezeichnung als solcher vollauf verdient. Aber auch Derjenige, der in diebischer Absicht eine Leiche aus einem Grabe sich zueignet, verdient als Dieb bestraft zu werden, während §. 195, al. 2, wegen des in demselben ausgedrückten Gegensatzes zwischen „Sache" und „Leiche" auf ihn wohl nicht Anwendung finden könnte. Weit entsprechender als §. 195, al. 2, ist also die klare Bestimmung unseres geltenden Gesetzes §. 306, a. E.: „Entwendungen aber, die an Grabstätten, aus Gräbern oder an Leichen in gewinnsüchtiger Absicht vorgenommen werden, sind als Diebstähle zu behandeln."

VIII.

Auch die den sogenannten Familiendiebstahl betreffenden Bestimmungen des Entwurfes geben zu mancherlei Bedenken Anlaß. Zwar

[1]) „Wer aus einem Grabe, von einem Grabdenkmale oder von einer Leiche eine Sache in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig anzueignen, ist gleich einem Diebe zu bestrafen."

Digitized by Google

ist es richtig, daß der Entwurf nur eine Tradition des geltenden Rechtes wahrt, wenn er, im Gegensatze zum deutschen Reichs-Strafgesetzbuche, abgesehen von dem Ausnahmsfalle des §. 511, die Strafbarkeit der Entwendungen (und Unterschlagungen) aus dem Grunde verwandtschaftlicher Beziehungen zwischen Thäter und Verletzten niemals völlig ausschließt, sondern immer blos Strafmilderung eintreten läßt und den Antrag des Verletzten fordert. Gerade in dieser Beziehung aber scheint mir die tiefere sittliche Auffassung auf Seite des deutschen Rechtes zu stehen. Daß das Kind die Bestrafung seines leiblichen Vaters oder seiner Mutter wegen eines zu seinem Nachtheile begangenen Diebstahles beantragen sollte, erscheint mir als eine solche Ungeheuerlichkeit, daß der Gesetzgeber dazu seine Hand nicht bieten darf. Aber auch in dem Falle, daß bei fortdauerndem ehelichen Beisammenleben ein Gatte eine dem anderen gehörende Sache sich widerrechtlich zueignet, dürfte es dem Wesen der Ehe entsprechender sein, eine strafgerichtliche Verfolgung wegen Diebstahls auszuschließen. Trotz aller abweichenden Systeme des ehelichen Güterrechtes liegt, was das Verhältniß der Ehegatten zu einander (nicht dritten Personen gegenüber) betrifft, doch die Gütergemeinschaft im Wesen der Ehe. Deshalb haben die Gesetze fast aller großen Culturnationen die Strafbarkeit der Entwendungen zwischen Ehegatten ebenso wie die der Ascendenten gegenüber den Descendenten grundsätzlich ausgeschlossen, so außer dem deutschen Reichs-Strafgesetzbuch auch der französische Code pénal, Art. 380, der belgische Code pénal, Art. 462, das italienische Strafgesetzbuch, Art. 433, und, wenigstens hinsichtlich des Ehegatten, auch das niederländische Strafgesetzbuch, Art. 316; ja die meisten dieser Gesetze gehen noch über den vom deutschen Rechte anerkannten Bereich der Strafloſigkeit hinaus. Auch das englische Common law stimmt damit vollkommen überein, nur läßt dasselbe Eine, auch wiederum ethisch vollkommen gerechtfertigte Ausnahme zu, indem es Strafbarkeit der Frau annimmt, wenn dieselbe in Gemeinschaft oder zum Vortheile desjenigen, mit welchem sie in einem ehebrecherischen Verhältnisse lebt, ihren Mann bestiehlt. [1])

[1]) R. v. Thompson und R. v. Featherstone citirt bei Roscoe, Digest of the law of evidence. 8th edit., 1874, pag. 654 f. Freilich war in beiden Fällen die Anklage blos gegen den Mitschuldigen der Frau und nicht auch gegen sie selbst erhoben, aber aus den Ausführungen des Lord Chief Justice Campbell scheint zu folgen, daß auch die Frau selbst als strafbar gilt.

Digitized by Google

Aber selbst für den Fall, daß die Ehegatten nicht mehr im gemeinsamen Haushalte leben, scheint es mir dem Gedanken der Ehe als des innigsten Bundes, der zwischen Menschen möglich ist, zu widerstreiten, daß die Staatsanwaltschaft genöthigt sein sollte, einen Eingriff des einen Gatten in das Vermögen des anderen von Amtswegen zu verfolgen. Ich würde daher auch für diesen Fall zum mindesten die Stellung des Antrages von Seite des Verletzten fordern und diesen Antrag als einen zurücknehmbaren bezeichnet wünschen.

Was Diebstähle und Unterschlagungen unter den anderen im §. 267 des Entwurfes genannten Personen betrifft, so ist es gewiß zu billigen, daß dieselben nur auf Antrag verfolgt werden, und daß die Zuchthausstrafe ebensowie (wenn man eine solche überhaupt zulassen will) eine 5 Jahre überschreitende Gefängnißstrafe gegenüber denselben ausgeschlossen sein soll. Die letztere Bestimmung wäre jedoch dahin zu beschränken, daß, wenn der wegen Familiendiebstahls Verurtheilte sich im Sinne des §. 261 als ein Rückfälliger darstellt, eine Verurtheilung zur Zuchthausstrafe (und zu einer 5 Jahre übersteigenden Gefängnißstrafe), wenn sie sonst nach §. 261 eintreten könnte, zulässig sei.

Im Gegensatze zur Norm des §. 82, al. 2 des Entwurfes müßte meines Erachtens wenigstens für diese Fälle eine Zurücknahme des Strafantrages gestattet sein.[1]) Ganz ungerechtfertigt scheint es mir, die Thatsache, daß ein Diebstahl von einem Angehörigen des Bestohlenen verübt worden ist, auch den nicht verwandten Theilnehmern zu Gute kommen zu lassen. Wenn irgend eine Relation der That eine rein subjective ist und eben deshalb auf die Beurtheilung der Strafbarkeit der Mitschuldigen keinen Einfluß üben darf, so ist dies gewiß bei dieser der Fall. Auch in dieser Richtung ist daher meines Erachtens unser Entwurf mit Unrecht ebenso sehr von dem geltenden österreichischen Rechte (§. 5, al. 2)[2]), als auch von dem sonst festgehaltenen Vorbilde des deutschen Rechtes abgewichen, welches letztere in Uebereinstimmung mit dem französischen, Art. 380, belgischen, Art. 462, italienischen, Art. 433, und niederländischen, Art. 316, ausdrücklich anordnet: „Diese Bestimmungen finden auf Theilnehmer und Begünstiger,

[1]) Auch der Ausschuß der 9. Session hat die Gestattung der Zurücknahme des Antrages erwogen, sich aber aus rein doctrinären Gründen über die Nothwendigkeit derselben hinweggesetzt. Vgl. Bemerkungen, S. 322.

[2]) Vgl. Entscheidung des Cassationshofes, Nr. 190 der Sammlung der Gerichtszeitung.

Digitized by Google

welche nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen, keine Anwendung."

Meines Erachtens wäre §. 267 folgendermaßen zu formuliren: „Diebstähle oder Unterschlagungen, welche von einem Verwandten aufsteigender Linie gegen einen Verwandten absteigender Linie oder während des ehelichen Beisammenlebens von einem Ehegatten zum Nachtheile des anderen begangen werden, bleiben straflos.

al. 2. Bei Diebstählen und Unterschlagungen, welche unter abgesondert von einander lebenden Ehegatten, von Verwandten absteigender Linie gegen solche der aufsteigenden Linie, unter Verschwägerten auf- und absteigender Linie, unter Wahl- und Pflegeeltern und Kindern, unter anderen in häuslicher Gemeinschaft lebenden Verwandten und Verschwägerten oder endlich von minderjährigen Personen an ihren Vormündern oder Erziehern verübt werden, findet die Zuchthausstrafe auf die genannten Personen außer im Falle des §. 261 und 262 [1] keine Anwendung.

al. 3. Die im zweiten Absatze bezeichneten Personen werden wegen eines gegen die eben dort genannten Personen verübten Diebstahls oder wegen einer solchen Unterschlagung nur auf Antrag verfolgt.

al. 4. Der Antrag kann zurückgenommen werden."

IX.

Aus dem Thatbestande des Diebstahls scheidet der Entwurf mit Recht das Furtum usus und possessionis und den sogenannten Mundraub aus.

Was den letzteren betrifft, so scheint es mir zunächst keine Billigung zu verdienen, daß der Entwurf bei demselben die Absicht des „unmittelbaren Verbrauches" fordert, während sich das deutsche Strafgesetzbuch, §. 370, Nr. 5, mit jener des „alsbaldigen Verbrauches" begnügt. Durch die Fassung des Entwurfes würde nämlich aus dem Begriffe dieses Delictes der Fall ausgeschieden, in welchem die entwendeten Gegenstände nicht unmittelbar als Nahrungsmittel verwendet werden können, sondern zu diesem Behufe erst durch Kochen

[1] Daß im Falle des §. 262 auf Zuchthausstrafe erkannt werden kann, scheint mir auch nach dem Entwurfe zulässig zu sein. Es empfiehlt sich aber der Sicherheit wegen neben §. 261 auch §. 262 besonders zu erwähnen, damit nicht etwa eben aus der Nichtanführung dieser Gesetzesstelle ein irriger Schluß gezogen werde.

Digitized by Google

z. B. zubereitet werden müssen. Wünschenswerth wäre es ferner, daß der Gesetzgeber die auf Grund des deutschen Gesetzes aufgetauchte und sehr verschieden beantwortete Streitfrage entscheide, ob dieses Delict blos Fälle umfasse, welche, abgesehen von der fraglichen Bestimmung, als Diebstähle zu qualificiren wären oder auch solche, welche sonst als Unterschlagungen aufgefaßt werden müßten. Billigung hingegen verdient es, daß der Entwurf im Gegensatze zum deutschen Recht die Fälle des qualificirten Diebstahls ausdrücklich ausscheidet. Und ebenso wäre unter der Voraussetzung, daß der Gesetzgeber, wie ich dies empfehlen möchte, auch den der Unterschlagung entsprechenden Thatbestand einbeziehen wollte, jener der durch die Verletzung einer Amtspflicht qualificirten Unterschlagung auszuscheiden. Beide Zwecke: auszudrücken, daß der einfache Thatbestand der Unterschlagung einbezogen, jener der Amtsunterschlagung aber ausgeschlossen sei, wären einfach dadurch zu erreichen, daß den Ausnahmen der „§. 257, Z. 2, 3, 4, 6, 7, 8“[1]) auch noch jene des §. 391 hinzugefügt würde.

Für eine Gesetzgebung, welche an die Dürftigen und Darbenden nicht die in abstracto gleichen, in concreto aber für sie unendlich schwerer zu erfüllenden Anforderungen stellt als an die Wohlhabenden, möchte noch eine Ausdehnung der durch §. 511 bereits vollzogenen Durchbrechung des formalen Diebstahlsbegriffes unerläßlich sein. Es ist wohl kaum einzusehen, warum die Entwendung von Genußmitteln privilegirt sein soll, während die Entwendung von Brennholz oder Petroleum, von Arzeneien oder von Handwerkszeug (z. B. von ein paar Nägeln) unbedingt auch dann als Diebstahl bestraft werden muß, wenn sie erfolgte, um einem unmittelbar dringenden Bedürfnisse, welches jedoch noch nicht als eigentlicher Nothstand qualificirt werden kann, abzuhelfen? Gewiß wird eine Entwendung der letzteren Art eher entschuldbar sein, als eine solche von Cigarren. Theilweise, hinsichtlich der Brennmaterialien bis zum Werthe einer Krone, hat das norwegische Strafgesetzbuch, Cap. 22, §. 14, in seiner Fassung vom Jahre 1889 dieser Forderung entsprochen. Vielleicht möchte es sich empfehlen, eine solche Bestimmung zu verallgemeinern und auch den

[1]) Hinsichtlich der Fälle des §. 257, Nr. 4 und Nr. 8, würde ich freilich Bedenken tragen, ob deren Ausscheidung berechtigt ist. Wie, wenn einer Derjenigen, die von der Feuersbrunst betroffen sind, sich Nahrungsmittel aus dem Besitze eines seiner Unglücksgenossen zueignet, um sie sofort, während der Löscharbeiten, zu verzehren?

Digitized by Google

Fall blos als Uebertretung zu behandeln, in welchem Jemand „um einem dringenden, aber nicht nach §. . . (Nothstand) zu beurtheilenden Bedürfnisse abzuhelfen, Gegenstände fremder Fahrhabe — mit Ausnahme von Geld — in unbedeutendem Werthe entwendet hat". Würde man diese Fassung wegen der Relativität des Begriffes „unbedeutender Werth" bedenklich finden, so könnte eine (sehr niedrige) Werthgrenze, etwa eine Krone unserer künftigen Währung fixirt werden. Eine Abgrenzung der Objecte dieses Delictes hingegen schiene mir der Vielgestaltigkeit der möglichen Verhältnisse zu widersprechen. Nur Geld müßte unbedingt ausgeschlossen bleiben; Entwendung von Geld also unter allen Umständen, wenn nur sonst die allgemeinen Delictsmerkmale vorhanden sind, als Diebstahl beurtheilt werden. Von der Behandlung, die der sogenannte Mundraub im Entwurfe gefunden hat, müßte sich die diesem Falle zukommende dadurch unterscheiden, daß die Verfolgung desselben nicht der Initiative des Beschädigten zu überlassen wäre, sondern vielmehr von Amtswegen zu geschehen hätte, weil im entgegengesetzten Falle das Legalitätsprincip eine allzu bedenkliche Durchbrechung erleiden würde. [1])

Eine besondere Bestimmung, ebenfalls nach dem Vorbilde des norwegischen Gesetzes, Cap. 22, §. 14, al. 2, wäre noch nothwendig, um die Anwendung dieses privilegirten Straffatzes auf diejenigen auszuschließen, die schon früher einmal wegen Diebstahls oder mehrmals wegen dieses Sonderdelictes verurtheilt worden waren.

Als weitere Ergänzung der Ausnahmsnorm des §. 511 schiene mir ferner noch wünschenswerth, eine dem Art. 405 des italienischen Strafgesetzbuches entsprechende Norm, welche das Nachärndten auf den noch nicht gänzlich abgeärndteten Grundstücken eines Andern aus dem Begriffe Diebstahl ausscheidet, in den §. 514 des Entwurfes als Antragsdelict einzuschalten. [2])

X.

Zu weit geht es wohl, wenn der Entwurf in §. 517 jeden „wissentlich unbefugten Gebrauch einer fremden (beweglichen und auch

[1]) Zu weit dürfte das mir nicht zugängliche, bei Lacointa, Le code pénal d'Italie, Paris 1890, pag. 196, citirte norwegische Gesetz vom 29. Mai 1879 gehen, welches die Staatsbehörde im Falle sehr geringfügigen Werthes oder sehr mildernder Umstände ermächtigt, die Verfolgung wegen Diebstahls zu unterlassen.

[2]) Vgl. auch Art. 314 niederländisches Strafgesetzbuch, der im Uebrigen dem §. 519 des Entwurfes entspricht.

Digitized by Google

unbeweglichen) Sache" mit Strafe bedroht, also den Begriff des furtum usus in seinem vollen Umfange recipirt.[1]) Diese Strafdrohung würde nicht blos dem Begriffe des Diebstahls, sondern auch jenem der Unterschlagung ergänzend an die Seite treten, nicht blos den Fall treffen, in welchem Jemand eine fremde Sache, um sie unbefugt zu benützen und nach gemachtem Gebrauche wieder zurückzustellen, aus dem Besitze des Berechtigten entzieht, sondern auch jenen anderen, in dem der Detentor eine fremde Sache, die er bereits in seiner Gewahrsam hat, unbefugt benützt. Es würde hiernach nicht blos der Pfandbesitzer strafbar sein, der das Faustpfand dem Verbote des §. 459 a. b. G. B. zuwider benützt und der Depositar, der trotz der im §. 965 a. b. G. B. ausgesprochenen Mißbilligung die von ihm zu verwahrende Sache gebraucht, sowie der Finder, der die gefundene Sache vor Ablauf der Frist eines Jahres seit vollendeter Kundmachung (§. 391 und 392 a. b. G. B.) unbefugt benützt (§. 392 a. b. G. B.[2]), sondern es würde auch der Commodatar bestraft, der wissentlich das Maß des ihm eingeräumten Gebrauchsrechtes überschreitet und der Usuar, der als Privatmann den Usus einer Sache erworben hatte und, nachdem er später ein Gewerbe zu betreiben begonnen, nunmehr (trotzdem §. 506 a. b. G. B. verfügt, daß das Bedürfniß des Gebrauchsberechtigten nach dem Zeitpunkte der Bewilligung des Gebrauchsrechtes zu bestimmen ist) jene Sache in ausgedehnterem (dem Gewerbsbetriebe entsprechenden) Maße zu benützen beginnt, als er dies früher für sich und seine Familie zu thun Gelegenheit hatte. Ein praktisches Bedürfniß nach einer Strafdrohung

---

[1]) Daß nach geltendem österreichischen Strafrechte furtum usus nicht Diebstahl und überhaupt nicht strafbar ist, wird jetzt wohl allgemein anerkannt. Die entgegenstehende Ansicht Wessely's hinsichtlich des furtum usus und possessionis in Wagner's Zeitschr., 1833, I, S. 210, ist von Ritka, Ebendort, 1835, I, S. 161, längst widerlegt worden. Nur unter ganz besonderen Voraussetzungen, unter welchen die Art des von der entzogenen Sache gemachten Gebrauches den Aneignungswillen ihres Entwenders beweist, könnte ebenso wie nach geltendem deutschen Rechte (vgl. Rotering, Gerichtssaal. 36, S. 532 ff.), so auch nach österreichischem Rechte Diebstahl angenommen werden.

[2]) Schütze hat zwar, Gerichtssaal, 1869, S. 142, gerade für einen ähnlichen Fall, hinsichtlich zugelaufener Thiere und zugewehter Sachen die Strafbarkeit des unbefugten Gebrauches derselben wenigstens für den Fall gefordert, daß durch denselben eine Deteriorirung der Sache entstünde, will aber hinsichtlich dieses Delictes das Legalitätsprincip der Strafverfolgung ausschließen (S. 149).

Digitized by Google

scheint mir für alle diese Fälle nicht vorzuliegen. Und eine Strafdrohung, die nicht nothwendig ist, wird wohl Niemand rechtfertigen wollen. Für alle diese Fälle genügt die civilrechtliche Schadensersatzpflicht. Eine Strafdrohung wäre blos nothwendig, wenn die Gefahr bestünde, daß der durch den unbefugten Gebrauch bewirkte Schaden unbemerkt bleiben könnte; für alle Fälle, in welchen derselbe aber ersichtlich ist — und soferne er nicht ganz unbeträchtlich ist, muß er eben ersichtlich werden — reicht es völlig aus, den Urheber desselben civilrechtlich haftbar zu machen. Sollte er insolvent sein, so liegt auch hierin kein Grund, an Stelle des Schadensersatzes Strafe treten zu lassen, soferne man nicht die Insolvenz überhaupt unter Strafdrohung stellen will.

Aus einem ganz anderen Gesichtspunkte, nämlich aus dem der Verletzung besonderer im Betriebe eines Gewerbes begründeter Verpflichtungen, erklärt und rechtfertigt es sich, daß das deutsche Strafgesetzbuch §. 290 öffentliche Pfandleiher, d. h. Personen, welche aus dem Belehnen von Pfändern ein Gewerbe machen, mit Strafe bedroht, wenn sie „die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nehmen". Eben deshalb, weil es sich hier nicht um ein Delict gegen den geschädigten Pfandeigenthümer, sondern um ein solches gegen die Gewerbepolizei handelt, wird dieses Vergehen nach deutschem Rechte auch nicht blos auf Antrag, sondern von Amtswegen verfolgt.

Außer einer dem §. 290 des deutschen Strafgesetzbuches entsprechenden Strafdrohung würde es sich meines Erachtens empfehlen, aus dem §. 517 des Entwurfes auch noch den an den Diebstahl angrenzenden Fall herauszuheben, daß Jemand eine fremde bewegliche Sache aus eines Anderen Innehabung entzieht, um sie rechtswidrig zu gebrauchen und diesen Fall mit Uebertretungsstrafe zu bedrohen, während die übrigen (abgesehen von dem Analogon des §. 290 deutschen Strafgesetzbuches) der Unterschlagung entsprechenden Fälle, welche unter §. 517 des Entwurfes zu subsumiren wären, straflos zu bleiben hätten. Die Gefahr, welche der Berechtigte dadurch läuft, daß ihm Jemand seine Sache, wenn auch nur vorübergehend und mit der Absicht, sie zurückzustellen, entzieht, scheint mir nämlich durch die Pflicht zum Ersatz des in concreto entstandenen, vielleicht ganz minimalen Schadens keineswegs ausgeglichen, so daß in diesem Falle neben die Ersatzpflicht noch die öffentliche Strafe zu treten hätte. Eben deshalb, weil der Grund der Strafbarkeit dieses Delictes nicht in dem durch die Abnützung der vorübergehend entzogenen Sache her-

Digitized by Google

vorgerufenen Schaden liegt, sondern in der durch die eigenmächtige Besitzentziehung begründeten Gefahr ihres Unterganges oder dauernden Verlustes, kann es kein Constitutivmerkmal dieses strafbaren Thatbestandes sein, daß die entzogene Sache durch den unbefugten Gebrauch abgenützt oder beschädigt worden sei. Vom Standpunkte des §. 517 des Entwurfes aber, der das Wesen des Delictes nicht in die Besitzentziehung, sondern in den unbefugten Gebrauch verlegt, scheint es mir inconsequent, wenn derselbe das in den früheren Entwürfen, §. 496 von 1889, §. 509 von 1890, geforderte Moment der Abnützung gestrichen hat. Denn worin sollte der Rechtfertigungsgrund für die Strafe liegen, wenn die fremde Sache durch den unbefugten Gebrauch des berechtigten Detentors nicht einmal abgenützt worden ist? Eine Strafdrohung gegen einen usus innoxius, der nicht einmal einen Schadensersatzanspruch zu fundiren vermöchte, dürfte das Gebiet des Strafbaren denn doch zu weit ausdehnen.

Der vom furtum possessionis handelnde §. 322 des Entwurfes entspricht seinem wesentlichen Inhalte nach dem §. 289 des deutschen Strafgesetzbuches. Wie dieser enthält auch er keine ausdrückliche Entscheidung darüber, wie Derjenige zu beurtheilen sei, der seine eigene im Besitze eines Anderen befindliche Sache diesem entwendet, um später, z. B. am Ende der Miethzeit, die Zurückstellung der Sache oder den Ersatz ihres Werthes von Demjenigen zu fordern, dem er sie selbst entzogen hatte, der also die Sache selbst sich zueignet und außerdem auch noch ihren Werth lucriren will. Nach deutschem Rechte, welches den Thatbestand des §. 289 in die Wegnahme der Sache in rechtswidriger Absicht setzt, wird man die Anwendbarkeit der Strafdrohung auch auf diesen Fall kaum bestreiten können. Der Entwurf aber fordert die Absicht, „den Nutznießer u. s. w. in seinen Rechten zu beeinträchtigen". Unter den Rechten, deren Beeinträchtigung hiernach verboten ist, sind aber wohl nur die aus dem betreffenden Verhältnisse zwischen Eigenthümer und Besitzer der Sache abgeleiteten Rechte zu verstehen. Da nun in einem solchen Falle der Eigenthümer den Miether nicht in dessen aus dem Miethvertrage abgeleiteten Rechten schädigen will, die strafbare Handlung, welche er begeht, überhaupt mit dem zwischen ihm und dem Beschädigten bestehenden Miethvertrage nur ganz äußerlich zusammenhängt, sondern ihrem Wesen nach vielmehr vollkommen mit einem Diebstahle übereinstimmt, wird §. 322 kaum Anwendung finden können.

Digitized by Google

Aber auch wenn wir uns über die aus der veränderten Textirung sich ergebenden Bedenken hinwegsetzen und den §. 322 für anwendbar halten, wird die Strafdrohung desselben (Gefängniß bis 6 Monate oder Geld bis 1000 fl.) für einen Fall dieser Art lange nicht ausreichen. Freilich wird man einwenden, daß diese That auch noch die Momente eines Betruges in sich enthalte und daß daher, eventuell concurrirend mit §. 322, noch die Strafsatzung gegen Betrug zur Anwendung zu kommen habe. Aber auch dies ist nicht für alle Fälle richtig. Die Entwendung der Sache, um später (in jenem Zeitpunkte, in welchem das Detentionsrecht desjenigen, aus dessen Besitze sie ihr Eigenthümer entzogen hat, erloschen sein wird) Restitution für Schadensersatz zu fordern, kann nämlich weder als vollendeter, noch auch nur als versuchter Betrug qualificirt werden, sie ist vielmehr nur eine Vorbereitung eines künftig zu verübenden Betruges und als solche daher straflos. Eine Verurtheilung wegen Betruges oder auch nur wegen Betrugsversuches könnte daher erst dann eintreten, wenn der Angeklagte bereits Schritte gethan hätte, um den Anderen zur Restitution der von ihm selbst entwendeten Sache oder zum Ersatz ihres Werthes zu bestimmen. Würde aber das Delict schon früher entdeckt, so würde es strafrechtlich nicht verfolgt werden können: wie wir eben gesehen haben, nicht als Betrug und aus dem oben entwickelten Grunde wohl auch nicht als Vergehen nach §. 322. Um dem zu begegnen, wäre §. 322 meines Erachtens folgendermaßen zu modificiren:

al. 1. „Wer seine eigene bewegliche Sache oder wer eine fremde bewegliche Sache [1]) mit Zustimmung oder zum Vortheile [2]) des Eigenthümers wegnimmt oder bei Seite schafft, um hierdurch dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an derselben ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, einen Schaden zuzufügen, wird mit Gefängniß bis zu 6 Monaten oder an Geld bis zu 1000 fl. bestraft."

al. 2 und 3 unverändert.

al. 4. „Wer seine eigene bewegliche Sache einer der im Absatz 1 bezeichneten Personen in der Absicht wegnimmt, um nachher deren

---

[1]) Durch die Voranstellung der Worte „oder wer eine fremde bewegliche Sache" wird der Unterschied der beiden Fälle ihrem Subjecte nach schärfer betont.

[2]) „Vortheil" statt „zu Gunsten", um nicht unnöthig einen neuen Terminus einzuführen.

Digitized by Google

deren Zurückstellung oder den Ersatz des angeblich erlittenen Schadens zu fordern, wird wie ein Dieb bestraft." [1])

Würde im Sinne der oben gemachten Vorschläge die Strafloſigkeit des Diebstahls von Ascendenten gegen Descendenten und zwischen zusammenlebenden Ehegatten anerkannt, so müßte denselben Verhältnissen auch in Betreff des §. 322 eine strafausschließende Wirksamkeit zugestanden werden.

XI.

Was die *Bestrafung* des Diebstahls betrifft, so erlaube ich mir zunächst auf die in den Criminalpolitischen Studien [2]), S. 175 ff. und S. 213 ff. entwickelten grundsätzlichen Bedenken gegen die das heutige Strafrecht charakterisirende *Gleichartigkeit des Strafmittels trotz offenbarer Verschiedenheit der Strafzwecke* hinzuweisen. In Kraft der dort entwickelten Vorschläge müßte das Strafmittel beim Diebstahl ein wesentlich verschiedenes sein, je nachdem es sich um den Diebstahl 1. eines nichtrückfälligen, 2. eines rückfälligen und vermuthlich besserungsfähigen oder 3. eines rückfälligen und vermuthlich nicht besserungsfähigen Thäters handelt. Im ersten Falle würde sich der Staat damit begnügen können, daß durch den Strafvollzug in der Seele des Verurtheilten die Vorstellung von der Empfindlichkeit des Strafübels und von der Gewißheit seines Eintrittes zu jenem Grade von Helligkeit gebracht werde, welcher ausreichend scheint, um erwarten zu können, daß er in Zukunft der Versuchung zu neuen Verbrechen widerstehen werde. Im dritten Falle müßte der Staat den Gewohnheitsverbrecher für die Zukunft unschädlich machen. Im zweiten Falle aber würde es der Zweck der Freiheitsstrafe sein, den Verurtheilten zu Arbeitsluſt und Arbeitsfähigkeit zu erziehen und dafür zu sorgen, daß die Gewöhnung an Arbeitsamkeit auch nach seiner Entlassung aus der Strafe fortdauere. Zu diesem Behufe wäre eine *langandauernde, den Zweck der Gewöhnung an Arbeit allem Anderen voranstellende, in der Form des Progressivsystems zu vollziehende Freiheitsstrafe* nothwendig, deren Gestaltung im Einzelnen in der angeführten Abhandlung ebenso dargelegt worden ist, wie die der „lediglich abschreckenden" Strafe für den ersten Fall und jene der unschäd-

[1]) Eine ähnliche Bestimmung enthielt das *sächsische* Strafgesetzbuch, Art. 274.

[2]) Gerichtssaal. 44. Bd., S. 147 ff.

Digitized by Google

lichmachenden für den dritten. Sollten diese Vorschläge keine Beachtung finden, sondern an der bisher üblichen Behandlung des Diebstahls mit einem, nur quantitativer und nicht auch qualitativer Unterscheidungen fähigen Strafmittel [1]) festgehalten werden, und sollte trotz der von vielen Seiten angeregten Bedenken auch die Abgrenzung des Strafmaßes nach der Höhe des Schadens beibehalten bleiben [2]), so müßten doch jedenfalls die Bestimmungen des §. 257 des Entwurfes einer eingehenden Revision unterzogen werden. — Namentlich müßte eine besondere Strafdrohung gegen den Versuch jener Diebstähle aufgestellt werden, welche im Falle des Gelingens unter Voraussetzung eines höheren Betrages einem strengeren Strafsatze unterliegen würden. In Kraft des Entwurfes würde der Versuch des Einbruchdiebstahles nur dann mit einer 6 Monate Gefängniß übersteigenden Strafe geahndet werden können, wenn es sich um einen der auch sonst noch qualificirten Fälle des §. 257, Nr. 1—5, handelt oder wenn erweislich ist, daß der Angeklagte beabsichtigt hatte, sich mehr als 25 fl. zuzueignen. Ein solcher Beweis wird aber fast nie zu erbringen sein, da der Dolus des Diebes ein quantitativ unbestimmter zu sein pflegt und regelmäßig darauf gerichtet ist, zu nehmen, was er eben findet und fortschaffen kann. Will man an dem Erfordernisse eines höheren Werthbetrages für den Verbrechenscharakter des Einbruchdiebstahles und der verwandten Fälle des §. 257, Nr. 6 und 8, festhalten, dann müßte man, wie dies das sächsische Strafgesetzbuch, Art. 301, gethan hat, wenigstens für den Fall des Versuches, eben wegen der Unmöglichkeit, diesen Betrag nachzuweisen, eine Ausnahme zulassen und, trotzdem daß ein Schaden überhaupt gar nicht eingetreten ist, den höheren Strafsatz für anwendbar erklären. Außerdem wäre meines Erachtens der Fall des §. 257, Nr. 1, auch auf den Diebstahl e loco sacro auszudehnen, und zwar, wenn man schon nicht auf die „Heiligkeit" des Ortes Rücksicht nehmen will, so doch aus dem Grunde, weil man an einem solchen Orte nicht so auf der Hut zu sein pflegt, als an einem anderen.

---

[1]) Die Erfahrungen auf Grund des deutschen Strafgesetzbuches zeigen wohl zur Genüge, daß der Unterschied zwischen Gefängniß und Zuchthaus als ein qualitativer kaum bezeichnet werden kann.

[2]) Vgl. gegen dieselbe Geyer, Besprechung des Entwurfes von 1867, S. 195; v. Waser, Gerichtszeitung. 1872, Nr. 21 ff.; meine Criminalpolitischen Studien, S. 222 u. A. m., und insbesondere Mittermaier, Archiv des Criminalrechts. 1852, S. 321 ff.

Digitized by Google

Ferner müßte der Fall des Diebstahls von Sachen, die Jemand an seinem Körper oder in seinen Kleidern bei sich trägt, qualificirt werden, damit nicht die Consequenz eintrete, daß der Taschendiebstahl nur dann Verbrechen sei, wenn der gestohlene Betrag entweder 100 fl. übersteigt oder der Diebstahl „von mehreren ausgeführt wurde, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Delicte mit einander verbunden haben".

Hinsichtlich der Beurtheilung des Diebstahls im Rückfalle erlaube ich mir auf meine Ausführungen in den Studien zum Strafgesetzentwurfe [1]) zu verweisen, welche in dem Vorschlage abschließen, den §. 261 in folgender Weise zu amendiren: „Wenn der des Diebstahls Schuldige schon wiederholt wegen Diebstahls, Unterschlagung oder Betruges (abgesehen von den Fällen der §§. 264 und 267), wegen Erpressung, Hehlerei, gewinnsüchtiger Untreue, betrüglichen Bankerottes, wegen nach §§. 179, 293 oder 296 strafbarer Verbrechen oder wegen der Vergehen nach §§. 313 und 315 verurtheilt worden war, und seit Verbüßung oder Erlassung der letzten Strafe noch nicht fünf Jahre verflossen sind, ist das Mindestmaß des zur Anwendung kommenden Strafsatzes ausgeschlossen und kann auf das Doppelte der schwersten unter den ihm früher wegen einer der gedachten strafbaren Handlungen auferlegten Freiheitsstrafen erkannt werden. Doch darf aus diesem Grunde nicht eine mehr als zehnjährige Freiheitsstrafe verhängt werden.

War der Schuldige schon einmal wegen eines der im 8. Hauptstücke behandelten Verbrechen oder wegen Raubes oder räuberischer Erpressung verurtheilt und sind seit Verbüßung oder Erlassung der letzten wegen dieser oder einer der in al. 1 genannten strafbaren Handlungen zuerkannten Strafe noch nicht fünf Jahre verflossen, so ist der Diebstahl nach §. 258 zu bestrafen."

[1]) Oesterr. Gerichtszeitung. 1891, Nr. 51.

Digitized by Google

II. Der freiwillige Schadenserſatz als Strafaufhebungsgrund bei Diebſtahl und verwandten Delicten. [1])

Während der Entwurf ſo manche werthvolle Tradition des geltenden Rechtes preisgibt, hält er an einer Beſonderheit desſelben, welche auch von öſterreichiſchen Schriftſtellern [2]) wiederholt getadelt worden iſt, feſt [3]): an der Anerkennung der „thätigen Reue" als Strafaufhebungsgrund bei einigen Vermögensdelicten; ja er dehnt, was freilich nur conſequent und *inſoferne* zu billigen iſt, dieſen Strafaufhebungsgrund auch auf ſolche Delicte aus, bei denen er bisher nicht anerkannt war: auf Betrug, Sachbeſchädigung, Wildhehlerei (§. 320), auf die beiden neuen Delicte der Untreue und des furtum possessionis (§. 322), ja ſogar zufolge §. 395 auch auf ſolche Thatbeſtände, welche bisher dem Begriffe des Mißbrauches der Amtsgewalt hätten ſubſumirt werden müſſen (vgl. §§. 393 und 394). Andererſeits ſchränkt er die Zulaſſung

---

[1]) Dieſe Abhandlung war bereits geſchrieben, als der Strafgeſetzausſchuß des öſterreichiſchen Abgeordnetenhauſes im October 1892 den Beſchluß faßte, §. 66 des Regierungsentwurfes zu ſtreichen. Da ich beſorge, daß in einem ſpäteren Stadium der Berathung die Wiederherſtellung dieſer Beſtimmung angeregt werden könnte, habe ich mich dafür entſchieden, dieſe Abhandlung zu veröffentlichen, obwohl ſie vielleicht nach jenem Beſchluſſe als gegenſtandslos erſcheinen möchte. Auch ſcheint es mir wünſchenswerth, wie gezeigt werden ſoll, dem in Rede ſtehenden Umſtande zwar die *ſtrafaufhebende* Wirkſamkeit zu verſagen, ihm aber eine *beſondere mildernde* Kraft beizulegen.

[2]) *Mantegazza*, Alcune osservazioni sul codice Austriaco. Milano 1816, pag. 119; *Geyer*, Kl. Schr., 318 ff; *Schütze*, Kritik, S. 19. Ihnen ſchließt ſich *Binding* in ſeiner Kritik des Entwurfes von 1874 in der Zeitſchr. f. Privat- u. öffentl. Recht, II, 686 ff., mit ſehr beachtenswerthen Argumenten an.

[3]) Unrichtig iſt es freilich, wenn die Bemerkungen S. 149 annehmen, daß dieſer Strafaufhebungsgrund nur dem geltenden öſterreichiſchen Strafgeſetzbuche eigenthümlich ſei. Er iſt außer in einigen *Schweizer* Cantonal-Strafgeſetzbüchern auch im Penal Code of *New-York*, Art. 549, anerkannt.

Digitized by Google

desselben bei der Hehlerei auf den Fall des nicht gewerbsmäßigen Betriebes ein, und schließt sie beim Wucher völlig aus. Bekanntlich erlischt nach dem geltenden Wuchergesetze vom 28. Mai 1881, §. 7, die Strafbarkeit des Wuchers „wenn der Thäter, bevor der öffentliche Ankläger oder das Strafgericht von der That Kenntniß erlangt, den gesetzwidrigen Vorgang behebt und dem Creditnehmer das bezogene Uebermaß sammt gesetzlichen Zinsen vom Tage der Leistung an zurückerstattet". Nach den älteren Entwürfen, so noch nach jenem des Jahres 1889, E. G., Art. 17, sollte diese Bestimmung, wie überhaupt das ganze Gesetz vom 28. Mai 1881 aufrecht erhalten bleiben. Mit vollem Rechte ist aber der neueste Entwurf davon abgegangen und hat das Vergehen des Wuchers in das Strafgesetz selbst, §. 313 f., aufgenommen. Eine Erwähnung des Umstandes jedoch, daß durch Ersatz des Schadens der Wucher straflos werde, findet sich weder im 24. Hauptstücke, noch sind die §§. 313 f. im §. 66 citirt. Ich weiß nicht, ob dies auf einem Versehen beruht [1]) oder absichtlich geschah. Ich will annehmen, daß das letztere der Fall ist. Denn in der That ist dieser Strafaufhebungsgrund beim Wucher vielleicht noch weniger gerechtfertigt, als bei irgend einem anderen Delicte, und dürfte es außerdem sehr schwer sein, genau festzustellen, worin das „Uebermaß" des Bezogenen bestehe.

Ein Rechtsgrund für die straftilgende Wirkung der „freiwilligen" Wiedergutmachung des Schadens bei diesen Delicten läßt sich, wie heute wohl ziemlich allgemein zugegeben werden dürfte, nicht nachweisen. [2]) Der Grund dieser Ausnahmebestimmung ist vielmehr lediglich darin zu suchen, daß der Gesetzgeber sich der Hoffnung hingibt, es würde die

[1]) Wie Zucker in seinen Abänderungsanträgen S. 16 meint.

[2]) Auch Hye, der diesem Strafaufhebungsgrunde in seinem Entwurfe einen besonders weiten Spielraum gewähren wollte, gibt dies zu. Vgl. Motivendarstellung zum Entwurf von 1863, ad §. 251. Anderer Meinung jedoch Glaser, der es (Abhandlungen aus dem Strafrecht, S. 423) „nur consequent" findet, „daß beim Diebstahl, bei welchem „das mit dem Verbrechen verbundene Uebel" nicht sowohl in dem Acte der Entwendung, als in der Entziehung aus dem Besitze des anderen, das heißt also in der fortwährenden Besitzentsetzung des letzteren besteht, . . . durch Zurückstellen der entwendeten Sache (oder ihres vollen Aequivalentes) das Handeln den Charakter der Criminalität verliert" und geradezu sagt: „daß Jemand z. B. eine fremde bewegliche Sache aus dem Besitze eines anderen ohne dessen Zustimmung entzogen hat, rechtfertigt für sich allein seine Bestrafung wegen Diebstahl nicht und macht sie nicht unvermeidlich; in der That wird er gestraft, weil er unterlassen hat, die entwendete Sache rechtzeitig zurückzustellen!" (S. 424, a. a. O.).

Digitized by Google

Aussicht auf Straflosigkeit die Verwandten oder Freunde des Verbrechers bestimmen, dem Geschädigten Ersatz zu gewähren, um dadurch ihren Angehörigen vor Verurtheilung und Bestrafung zu retten. Eben deshalb hat auch der erste Strafgesetzausschuß, wohl mit Rücksicht darauf, daß der Fall der Ersatzleistung durch Dritte viel häufiger ist, als jener der Ersatzleistung durch den Dieb selbst, im Gegensatze zur Glaser'schen Vorlage ausdrücklich hervorgehoben, daß dieser Strafaufhebungsgrund auch demjenigen zu Gute kommen solle, der „für den aus seiner strafbaren Handlung entstandenen Schaden . . . durch einen Dritten vollen Ersatz geleistet hat". Nach den Ausführungen des Motivenberichtes soll es freilich nicht genügen, wenn ein Dritter ganz ohne Zuthun des Verbrechers den Schaden ersetzt hat; es soll aber ausreichen, „wenn der Schuldige irgend thätig dazu mitgewirkt, damit der Dritte den Ersatz gewähre". [1]) Zweifellos genügt es hiernach, wenn der Dritte durch die Bitten des Schuldigen zur Ersatzleistung bestimmt worden ist; daß der Schuldige selbst irgend welches Opfer zu bringen habe, welches als Beweis seiner Reue aufgefaßt werden könnte, ist nicht gefordert. Keinesfalls könnte man daher diesen Strafaufhebungsgrund in Zukunft noch als „thätige Reue" bezeichnen, wie dies das geltende St. G. B. §. 187 thut, denn weder der Reue des Verbrechers bedürfte es fürderhin, noch einer wirklichen That desselben.

Nicht unbedenklich ist auch die Ausdehnung, welche der Strafaufhebungsgrund durch eine andere, scheinbar unbedeutende Aenderung erfahren hat, die der Ausschuß des Abgeordnetenhauses an der Regierungsvorlage vornahm, durch die Abschwächung des Ausdruckes „Leistung des Ersatzes", in den anderen „Gewährung des Ersatzes". Der Bericht des Ausschusses hebt selbst hervor, daß das Wort „leisten" „allzusehr auf das Geben einer Sache oder Geldsumme hindeute", während unter der Gewährung auch das sichergestellte Versprechen derselben inbegriffen sei. Im Zusammenhange damit sprach derselbe Ausschuß auch aus, daß „die Frage, ob Ersatz gewährt wurde, gar nicht crimineller, sondern civilrechtlicher Natur" sei. Aus der Sprache der Theorie in die der Praxis übersetzt, heißt dies, daß der Strafrichter verpflichtet sei, bei Beurtheilung der Frage, ob Ersatz geleistet sei oder nicht, in Anerkennung der im Civilrecht und Civilproceß geltenden Dispositionsbefugnisse des Beschädigten sich mit dessen Erklärung zu be-

[1]) Bemerkungen, S. 150.

Digitized by Google

gnügen, ohne die materielle Wahrheit derselben zu erforschen. In allen Fällen also, in welchen der durch eines der angeführten Delicte Beschädigte aus Mitleid, aus falscher Scham, aus Großthuerei, aus Furcht, aus schlauer Berechnung oder aus was immer für sonstigen Motiven erklärt, er habe vollen Ersatz gefunden und erleide keinen weiteren Schaden mehr, müßte der Missethäter freigesprochen werden. Unter solchen Umständen werden selbst Gaunereien, wie die im Folgenden erzählte, möglich bleiben. Ein Cassier eines Bankhauses theilte einem Advocaten mit, daß er 10.000 fl. veruntreut habe und nicht in der Lage sei, sie zu ersetzen, und fragt, was zu thun sei. Der Advocat antwortet mit der Gegenfrage: „Können Sie noch über die Casse?" „Ja, aber was soll das helfen? Fliehen kann ich nicht wegen meiner Familie." „Nehmen Sie noch 10.000 fl., bringen Sie sie mir sofort, und lassen Sie mich machen; ich stehe für den Erfolg." Und in der That; die Gaunerei gelang. Der „Rechtsfreund" schrieb an den Chef seines Clienten einen Brief, in dem er ihm mittheilte, daß dieser 20.000 fl. defraudirt habe, daß dessen Angehörige bereit seien, die Hälfte der Summe sofort zu ersetzen, und daß der Cassier selbst sich bemühen werde, die übrigen 10.000 fl. nach und nach wiedererstatten zu können; alles dies natürlich blos unter der Voraussetzung, daß keine Anzeige erstattet werde und daß für den Fall, daß in Folge unvorsichtiger Aeußerungen, die sein Client in seiner Aufregung und „Reue" im Bureau gethan habe, die Sache etwa anderweitig gerichtsanhängig würde, das Bankhaus „der Wahrheit gemäß" bestätige, daß ihm theils durch Zahlung, theils durch Einräumung von Forderungen vollkommener Ersatz „gewährt" worden sei. Aber auch abgesehen von Mißbräuchen ähnlicher Art, die, den Intentionen des Gesetzgebers zuwider, mit dem Institute der „thätigen Reue" getrieben werden könnten, Mißbräuche, denen schon die Wiederherstellung der Glaserschen Regierungsvorlage begegnen würde, scheint mir das Princip, auf welchem die Anerkennung des „freiwilligen" Ersatzes als Strafaufhebungsgrund beruht, ein ebenso unsittliches als unjuristisches. Unjuristisch deshalb, weil es den Diebstahl auf Eine Stufe mit dem Darlehen stellt. Wenn der Dieb zu nichts Anderem verpflichtet ist, als das gestohlene Gut zurückzugeben, wenn er nach Glaser nur gestraft wird, weil er unterlassen hat, die entwendete Sache rechtzeitig zurückzugeben (siehe oben S. 35, Anmerkung 2), so unterschiede er sich in der That in Nichts von dem zahlungssäumigen Schuldner! Der Gegensatz, in welchem dieser Strafaufhebungsgrund mit den Principien des Strafrechtes steht,

Digitized by Google

zeigt sich auch darin, daß es unmöglich ist, denselben durchzuführen, ohne in logische Widersprüche zu verfallen. Oder ist es nicht ein Widerspruch, daß dieser Strafaufhebungsgrund blos demjenigen zu statten kommen kann, der sein Verbrechen vollendet hat und nicht dem nach gesetzlicher Auffassung minder Schuldigen, der beim bloßen Versuche geblieben ist? [1]) Und unter welchen Voraussetzungen kann auch der Mitschuldige dieser Wohlthat theilhaft werden? §. 66 sagt, wenn er freiwillig für den aus *seiner* Handlung entstandenen Schaden Ersatz gewährt hat. Wie aber, wenn der Thäter selbst schon den *ganzen* Schaden ersetzt hatte? Muß dann der Gehilfe *dem Bestohlenen* nochmals den ganzen Werth ersetzen oder irgend eine mehr oder weniger willkürlich zu bestimmende Quote desselben, oder muß er, wie höchst sonderbarerweise in der Praxis schon angenommen wurde, *dem Thäter* eine Quote des von diesem bereits geleisteten Ersatzbetrages vergüten oder ist er unter diesen Umständen von der Wohlthat des Gesetzes ganz ausgeschlossen oder genügt in einem solchen Falle etwa der erweislich bezeugte Wille, Ersatz zu leisten? [2]) *Unsittlich* aber ist dieser Rechtssatz deshalb, weil er denjenigen begünstigt, dessen Verbrechen am wenigsten zu entschuldigen sind, denjenigen, der sich an fremdem Gute vergreift, obwohl er selbst Vermögen besitzt oder in einem Kreise von Angehörigen lebt, welche bereit und befähigt sind, für ihn opferwillig einzustehen.

Eine ganz andere Bedeutung kommt der sogenannten thätigen Reue hinsichtlich jener Verbrechensarten zu, bei welchen durch dieselbe nicht ein bereits entstandener Schaden wieder gutgemacht, sondern ein erst drohender Schaden abgewendet werden soll. Bei solchen Verbrechensarten entspricht die „thätige Reue" dem Abstehen vom Versuche, welches bei ihnen dadurch abgeschnitten ist, daß der Gesetzgeber ein Stadium der verbrecherischen Wirksamkeit, das begrifflich noch als bloßer Versuch oder etwa gar nur als Vorbereitungshandlung aufzufassen wäre, bereits als vollendetes Verbrechen behandelt. Insoferne ist dann die Anerkennung der thätigen Reue als Strafaufhebungsgrund geradezu nothwendig.

Der einzige Rechtfertigungsgrund des §. 66 ist die Rücksicht auf den Beschädigten. Man will dadurch, daß man dem Verbrecher im Falle der „freiwilligen" Ersatzleistung Straffreiheit verspricht, ihn, beziehungs-

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des Cassationshofes, Nr. 347.

[2]) Vgl. auch schon *Geyer*, Kl. Schr., S. 324 f.

Digitized by Google

weise seine Angehörigen zu eben dieser Ersatzleistung bewegen.[1]) Wie aber das al. 2 des §. 11 des Entwurfes von 1889[2]), welches dem Verbrecher für den Fall der (nach seiner Ergreifung erfolgten) Ersatzleistung eine Erleichterung des Strafvollzuges gewähren wollte, vor den höheren Forderungen der Gerechtigkeit fallen mußte, so wird sich auch die hier in Frage stehende Norm nicht aufrechterhalten lassen.

Freilich ist es, wie in neuester Zeit insbesondere Prins[3]) hervorgehoben hat, dringend nothwendig, bessere Vorkehrungen dafür zu treffen, als gegenwärtig in der Rechtsordnung der meisten Staaten bestehen, damit derjenige, der durch eine strafbare Handlung in seinem Vermögen geschädigt worden, den ihm gebührenden Ersatz erhalte. Aber keinesfalls darf dies auf Kosten der Autorität des Strafrechtes geschehen, und dürfen Individuen, welche öffentliche Strafe verdienen, aus Rücksicht auf Privatinteressen der Strafgewalt des Staates entzogen werden, denn dadurch würden nur künftige Verbrechen und künftige Verbrecher herangezüchtet und der Erreichung des der Gesetzgebung gesteckten Zieles, dem Schutze des Vermögens gegen rechtswidrige Angriffe, erst rechte Hindernisse bereitet.

Deshalb hat das englische Recht das compounding felonies für ein misdemeanour erklärt[4]) und selbst Zeitungsannoncen, welche den Zweck verfolgen, den Dieb zur „thätigen Reue" zu veranlassen, unter Strafdrohung gestellt.[5])

---

[1]) So faßt auch schon Jenull (Das österreichische Criminalrecht. II, S. 178) die Sache auf, nicht ohne seine Bedenken gegen diese Unterordnung der „Forderung des öffentlichen Rechts" „unter jene des Privatrechts" wenigstens anzudeuten.

[2]) Vgl. gegen dasselbe meine Criminalpolitischen Studien. Gerichtssaal. 44. Bd., S. 205.

[3]) Mittheilungen der internationalen criminalistischen Vereinigung. III, 121 ff. und 265 ff.

[4]) Sir J. Stephen, Digest of criminal law. Art. 158 f.

[5]) 7. a. 8. George, IV, c. 29, s. 59. „That if any person shall publicly advertise a reward for the return of any property which shall have been stolen or lost and shall in such advertisement use any words purporting, that no questions will be asked, or shall make use of any words in any public advertisement, purporting that a reward will be given or paid for any property which shall have been stolen or lost, without seizing or making any inquiry after the person producing such property, ... or if any person shall print or publish any such advertisement, in any of the above cases every such person shall forfeit the sum of 50 £ for every such offence."

Digitized by Google

Wer einigermaßen das Leben zu beobachten versteht, wird bemerkt haben, daß ein sehr großer Theil derjenigen Eigenthumsverbrecher, welche aus den sogenannten besseren Classen der Gesellschaft herstammen, bevor sie in die Strafanstalt gekommen, ein oder auch mehrere Male der Wohlthat der „thätigen Reue" theilhaft geworden waren. Welche Wohlthat für die Gesellschaft und vielleicht auch für jene Individuen selbst wäre es in diesen Fällen gewesen, wenn die betreffenden Personen schon bei ihrem ersten Fehltritte einem zweckentsprechenden Strafvollzuge unterworfen worden wären, statt sie zu lehren, daß das „Du sollst nicht stehlen" vom Staate nicht als kategorischer Imperativ behandelt, sondern blos für diejenigen mit einer staatlichen Sanction ausgestattet sei, die — keine wohlhabenden Verwandten besitzen.

Für jene Fälle aber, in welchen man sich der begründeten Hoffnung hingeben kann, daß der Thäter seine völlig vereinzelte Verirrung wirklich bereue, würde vom Standpunkte des Entwurfes aus der bedingte Strafnachlaß des §. 25 völlig ausreichen. Nebeneinander aber dürften die Anerkennung des Schadensersatzes als Strafaufhebungsgrund und die Zulassung einer blos bedingten Verurtheilung denn doch eine zu weit gehende Begünstigung des Verbrechens enthalten.

Für die Befriedigung desjenigen, der durch ein Vermögensdelict verletzt worden, muß also in anderer Weise gesorgt werden. Zwar möchte ich auch nicht den Anträgen, welche Prins der Internationalen criminalistischen Vereinigung vorgelegt hat, zustimmen [1]), welche Anträge dahin gehen, dadurch einen indirecten Zwang zur Befriedigung des Verletzten auf den Missethäter und dessen Angehörige zu üben, daß man die leichteren Vermögensdelicte nur auf Antrag des Verletzten verfolgt, und daß man wenigstens in gewissen Fällen die Anwendung der bedingten Verurtheilung oder der bedingten Entlassung von der vorher erfolgten Wiedergutmachung des Schadens gesetzlich abhängig macht, denn auch diese Anträge führen zu einer bedeutenden und durch nichts gerechtfertigten Bevorzugung des günstig situirten Verbrechers gegenüber dem Unbemittelten. Nur nach zwei Richtungen scheint es mir statthaft, zu dem Zwecke der Befriedigung des Verletzten eine strafrechtliche Begünstigung des Verbrechers in Aussicht zu stellen. Einerseits in der Weise, daß man die „freiwillige" Ersatzleistung zwar nicht als Strafaufhebungsgrund, aber doch als Strafmilderungsgrund anerkennt mit der Wir-

[1]) Mittheilungen. III, 121 ff. und 267.

Digitized by Google

kung, daß das Maximum des sonst in Anwendung kommenden Strafsatzes auf die Hälfte reducirt werde und daß für den Fall eines besonderen Strafminimums auch bis zur Hälfte des letzteren herabgegangen werden darf, wie dies in ähnlicher Weise das italienische Strafgesetzbuch, Art. 432, bestimmt. Andererseits dadurch, daß man, festhaltend an den Traditionen des geltenden österreichischen Rechtes, die Anerkennung der Verfolgungsverjährung überhaupt davon abhängig macht, daß der Schuldige, insoweit die Natur der strafbaren Handlung dies nicht ausschließt und insofern er es thun konnte, ohne die Gefahr der Entdeckung seines Verbrechens herbeizuführen, nach Möglichkeit vollen Ersatz des durch seine strafbare That bewirkten Schadens geleistet habe.[1])

Ferner würde es sich meines Erachtens empfehlen, sowie dies auch Garofalo[2]) und Getz[3]) vorgeschlagen haben, zum Zwecke der Sicherstellung etwaiger Ersatzansprüche eines privaten Beschädigten nach Ermessen des Untersuchungsrichters, beziehungsweise der Rathskammer, gleichzeitig mit der Einleitung des gerichtlichen Strafverfahrens eine Beschlagnahme des Vermögens des Beschuldigten eintreten zu lassen, um die Beiseiteschaffung von Befriedigungsobjecten zu verhindern. Auch der Strafgesetzausschuß der 9. Session hat die Nothwendigkeit einer Abhilfe nach dieser Richtung anerkannt. „Mag Jemand durch Mord und Raub, Brandlegung und Zerstörung, Betrug und Veruntreuung noch so viele Menschen schwer geschädigt, ja in's Unglück gestürzt haben, mag der Schuldige sein ganzes Verbrechen gestanden haben — so lange die Entschädigung nicht durch straf- oder civilrechtliches rechtskräftiges Erkenntniß festgesetzt ist, bleibt der Beschädigte in Bezug auf Sicherstellung auf die mageren und fast nie anwendbaren Bestimmungen der Gerichtsordnung über mittlerweilige Vorkehrungen angewiesen und ist die Dispositionsbefugniß des Schuldigen uneingeschränkt, so daß er jedes Object der Execution bei Seite schaffen kann." Mit Recht hat der Strafgesetzausschuß hervorgehoben[4]), daß es bei diesem Zustande der Dinge nichts weiter als „eine gehässige politische Ausnahmsmaßregel" ist, wenn die Ministerialverordnung vom

---

[1]) Vgl. meine Studien zum Strafgesetzentwurfe. Oesterr. Gerichtszeitung. 1891, Nr. 52.

[2]) La criminologie. Paris 1888, pag. 350 ff.

[3]) Mitth. der Int. Crim. Ver. III, 269 ff.

[4]) Anlage zur Beilage 392 der Protokolle des Abgeordnetenhauses, 9. Session, S. 481.

Digitized by Google

5. October 1854, R. G. Bl. Nr. 255, im Falle der Einleitung der Untersuchung wegen Hochverrathes, Aufruhrs und Aufstandes die Pfändung und Sequestration des Vermögens des Beschuldigten gestattet, während die gleiche Maßregel bei den schwersten Verbrechen gegen das Individuum unzulässig ist. Mit Recht hat er deshalb auch beschlossen, die Aufhebung dieser Ministerialverordnung zu beantragen. Er hätte aber einen Schritt weiter gehen und das, was als politische Ausnahmsnorm unzulässig ist, als allgemeinen Grundsatz für Verbrechen gegen die Individuen aufstellen sollen. Die nähere Ausführung dieses Vorschlages überschreitet den Rahmen der gegenwärtigen strafrechtlichen Abhandlung.

Mit Rücksicht darauf, daß der Anspruch auf Schadenersatz, den der durch ein Verbrechen Verletzte gegen den Verbrecher besitzt, eines weitergehenden staatlichen Schutzes bedarf, als der aus einem Vertrage abgeleitete Anspruch auf Leistung einer Sache von dem einen Contrahenten an den anderen, da ja gegen Schäden aus einem Vertragsverhältnisse die eigene Vorsicht des Individuums viel mehr Schutz zu gewähren vermag als gegen Schäden durch ein Verbrechen, schiene es mir grundsätzlich empfehlenswerth, für Schadenersatzansprüche aus einer strafbaren Handlung den Personalarrest wieder herzustellen, wie denn auch in Frankreich für solche Ansprüche die Schuldhaft noch zu Recht besteht.[1]) Praktischen Werth würde dieses Zwangsmittel freilich nicht sehr häufig besitzen. Ganz irrationell und in vollem Widerspruche mit der im §. 66 zu Tage tretenden Tendenz der Gesetzgebung, die Leistung des Schadenersatzes möglichst zu fördern, ist es, daß §. 410, Nr. 3, eine Strafe gegen die öffentliche Veranstaltung oder Förderung von Sammlungen androht, welche bestimmt sind, dem wegen einer strafbaren Handlung Verurtheilten Deckung für Entschädigungsleistungen zu gewähren. So sehr eine dergleichen Strafdrohung begründet ist, wenn es sich um Sammlungen handelt, durch welche Ersatz für eine Geldstrafe oder einen Cautionsverfall gewährt werden soll, so unbegründet ist sie, wenn sie sich gegen Denjenigen richtet, der dem verurtheilten Verbrecher die Mittel zur Befriedigung der Ersatzansprüche des von ihm Geschädigten und damit diesem letzteren die Ausgleichung des von ihm erlittenen Vermögensnachtheiles zu verschaffen bemüht ist.

[1]) Vgl. d'Haussonville, Les établissements pénitentiaires, pag. 117.

Digitized by Google

III. Die Beleidigung.

I.

Die Behandlung, welche die Beleidigung im Entwurfe gefunden hat, zeichnet sich in manchen Beziehungen durch treues Festhalten an bewährten Grundsätzen des geltenden Rechtes aus. So verdient es Anerkennung, daß die neueren Entwürfe [1]) sich nicht durch das Beispiel des deutschen Strafgesetzbuches [2]) haben dazu verleiten lassen, eine allgemeine Strafdrohung gegen den undefinirten Thatbestand der „Beleidigung" aufzustellen, sondern daß sie neben der „Beschimpfung" nur genau umschriebene Specialfälle der Beleidigung mit Strafe bedrohen. Ebenso halte ich es für einen bedeutenden Vorzug unseres Entwurfes vor dem deutschen Gesetze, daß er nach dem Vorbilde unseres geltenden Rechtes (§. 490, al. 2) [3]) in jenen Fällen, in welchen die beleidigende

[1]) Anders der Glaser'sche Entwurf von 1874. Vgl. gegen denselben Bemerkungen, S. 259.

[2]) Vgl. gegen dessen bedenkliche Weite Hugo Meyer, Lehrbuch, 4. Aufl., S. 35 und 601.

[3]) Es ist nahezu unglaublich, aber leider dennoch wahr, daß ein Druckfehler, welcher in der zur praktischen Gesetzeskraft gelangten Manz'schen Ausgabe des Strafgesetzbuches bis zur 14. Auflage unbemerkt stehen geblieben war („ergeben" statt „ergaben" im Schlußsatze des §. 490, al. 2), auch noch in die 2. Auflage des Lehrbuches von Janka übergegangen ist, wo er sich S. 234 wiederum findet, nachdem er in der Manz'schen Ausgabe des Strafgesetzbuches selbst längst berichtigt worden ist. Nur auf diesem Druckfehler beruht die in der Praxis verbreitete Anschauung, daß es sich im Falle des §. 490, al. 2, um den Beweis der Wahrscheinlichkeit der vom Angeklagten dem Beleidigungskläger imputirten Thatsache handle. In Wahrheit aber kommt es nicht darauf an, daß der Angeklagte „solche Umstände darthue, aus welchen sich (jetzt, im Zeitpunkte der Gerichtsverhandlung) hinreichende Gründe (für den Richter) ergeben, um die vorgebrachte Beschuldigung für wahr halten zu können", sondern darauf, daß er „solche Umstände darthue, aus welchen sich (damals,

Digitized by Google

Aeußerung nicht öffentlich erfolgt war, schon den Beweis des guten Glaubens des Angeklagten zu dessen Entschuldigung ausreichen läßt, während nach dem deutschen Strafgesetzbuche, welches in dieser Richtung zwischen öffentlicher und nicht öffentlicher Beleidigung nicht unterscheidet, der Angeklagte auch dann verurtheilt werden muß, wenn nur die von ihm behauptete Thatsache „nicht erweislich wahr ist", d. h. auch in dem Falle, wenn zwar ersichtlich ist, daß der Angeklagte allen Grund gehabt habe, die von ihm erhobene Anschuldigung für wahr zu halten, dieselbe aber doch nachträglich nicht als wahr erwiesen werden konnte.[1]) Auch möchte ich es unserem Entwurfe zugute halten, daß er im Gegensatze zum deutschen Gesetzbuche den Versuch der Beleidigung nicht principiell straflos beläßt, womit es allerdings schwer in Einklang zu bringen ist, daß nach §. 84 des Entwurfes das Recht zur Erhebung der Privatanklage, durch welche doch Beleidigungen allein verfolgt werden können, nur „dem durch die strafbare Handlung in seinen Rechten unmittelbar Verletzten" und nicht auch dem durch dieselbe Bedrohten zusteht, was zur Folge haben dürfte, daß die Erhebung der Privatanklage wegen eines nicht durch theilweises Gelingen qualificirten Versuches von den Gerichten kaum zugelassen werden dürfte.

Andererseits halte ich es für einen Fortschritt gegenüber dem geltenden Rechte, daß die Beschimpfung nunmehr auch dann, wenn sie unter vier Augen erfolgte, gerichtlich und nicht blos polizeilich strafbar ist, daß zu dem dem Thatbestande der Schmähung nach §. 491 des geltenden Rechtes entsprechenden Delicte des §. 212, Nr. 1 des Ent-

---

im Zeitpunkte seiner ihm zur Last gelegten Aeußerung) hinreichende Gründe (für ihn, den Angeklagten) ergaben, um die vorgebrachte Beschuldigung für wahr halten zu können". Sehr auffallend ist es, daß der besprochene „Druckfehler" auch in die Begründung der für die Materie der Beleidigung principiell überaus wichtigen Plenar-Entscheidung des Cassationshofes vom 16. November 1882 (Nr. 480 der Sammlung der Gerichtszeitung) Eingang gefunden hat. (Vgl. Bd. V dieser Sammlung, S. 221.) Ueber die Details des geltenden österreichischen Rechtes hinsichtlich des Wahrheitsbeweises vgl. die sehr exacten Darstellungen Fierlinger's im Gerichtssaal, 1854, II, S. 104 ff. und Zucker's, Ebendort, 1881, S. 248 ff.

[1]) Zwar versuchen einige Interpreten des deutschen Rechtes, so namentlich Binding, Normen, II, 610, diese Consequenz zu vermeiden, was jedoch mit dem Wortlaute des §. 186 deutschen Reichs-Strafgesetzbuches kaum vereinbar sein dürfte.

Digitized by Google

wurfes Oeffentlichkeit nicht mehr erfordert wird, daß der Begriff der Weiterverbreitung einer Beleidigung in §. 212, Nr. 3 eingeschränkt wurde und daß die im geltenden Rechte so verhängnißvolle Gleichstellung der Verübung „vor mehreren Leuten" mit dem Falle der „öffentlichen" Verübung aufgegeben wurde.

Hingegen kann ich mich damit nicht einverstanden erklären, daß der Entwurf in den Fällen des §. 212 gar keinen Unterschied macht, je nachdem der betreffende Vorwurf dem Beschuldigten blos unter vier Augen, oder vor Zeugen, oder hinter seinem Rücken gemacht wurde. Meines Erachtens unterscheiden sich nämlich die beiden letzteren Fälle von dem ersteren nicht blos in der Schwere, sondern geradezu in der Art des Erfolges, indem im ersteren Falle dem Beleidigten nur eine Kränkung zugefügt wird, während im zweiten Falle zu dieser, und zwar regelmäßig sie weit überwiegend, ein Schaden hinzutritt, so daß der erste Fall weit eher mit der Beschimpfung des §. 219 zusammengestellt werden sollte, als mit der üblen Nachrede des §. 212. [1])

II.

Für in hohem Grade beklagenswerth aber halte ich die sowohl von unserem geltenden [2]) Rechte als noch mehr vom deutschen Reichs-Strafgesetzbuche abweichende Bestimmung des §. 215, zufolge welcher bei Beleidigungen „der Beweis der Wahrheit nur (dann) zugelassen wird, wenn erkennbar ist, daß der Beleidiger dabei von der Absicht geleitet wurde, ein rechtlich begründetes Privatinteresse oder das öffentliche Wohl zu fördern".

---

[1]) Am schärfsten wird der fragliche Unterschied vom englischen Rechte accentuirt, welches wegen eines libel, das blos dem Beleidigten zur Kenntniß kommt, nur Criminalklage gestattet, während es wegen eines solchen, das auch zur Kenntniß Dritter gelangte, dem Beleidigten die Wahl zwischen Criminalklage und Civilklage gewährt. Der Grund ist offenbar der, daß im ersteren Fall dem Beleidigten nur eine Kränkung, im anderen aber auch ein Schaden widerfuhr. Vgl. Flood, On libel and slander. London 1880, pag. 39 sqq.

[2]) Das Strafgesetzbuch von 1803 hatte durchaus nur solche Beschuldigungen als strafbare Ehrenbeleidigungen bezeichnet, welche erweislich unwahr sind. Erst das Preßgesetz vom 13. März 1849, §. 32, lit. b, stellte eine Strafdrohung gegen die Anführung von ehrenrührigen, wenn auch wahren Thatsachen des Privat- oder Familienlebens auf, sofern diese das öffentliche Interesse nicht berühren, eine Bestimmung, welche bekanntlich in erweiterter Gestalt (§. 489 und 490) in das geltende Strafrecht überging.

Digitized by Google

Nach dem ersten Entwurfe von 1874 sollte diese Einschränkung des Wahrheitsbeweises sich nur auf solche Beleidigungen beziehen, welche „öffentlich im Sinne des §. 90, al. 2" verübt worden, d. h. „vor einer Menschenmenge, in einer Druckschrift, durch Verbreitung von Schriften oder Darstellungen, oder durch Anschlag oder Ausstellung derselben an einem allgemein zugänglichen Orte". Erst die jüngste Regierungsvorlage hat aus Gründen, die nirgends angegeben sind, den Satz des §. 215 verallgemeinert, so daß er nunmehr nicht blos für die „öffentlich im Sinne des §. 90, al. 2" und für die „öffentlich" (ohne Bezugnahme auf §. 90, al. 2)[1]) begangene, sondern auch für die nicht öffentlich begangene Beleidigung gilt. Hinsichtlich der letzteren läßt freilich §. 213 schon den Beweis des guten Glaubens zur Exculpirung des Angeklagten zu und es möchte deshalb scheinen, als ob in diesem Falle der Beweis der Wahrheit völlig überflüssig wäre. Diese Annahme wäre aber nicht richtig. Für den wegen Beleidigung Angeklagten ist es nämlich keineswegs gleichgiltig, ob er blos aus Rücksicht auf seinen guten Glauben, oder ob er wegen der erwiesenen Wahrheit des von ihm erhobenen Vorwurfes freigesprochen wird. Denn im ersteren Falle constatirt das Urtheil, daß der Freigesprochene zwar objectiv Unrecht gethan habe, daß ihm dieses Unrecht aber nicht als solches zugerechnet werden könne; im zweiten Falle hingegen stellt es fest, daß eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorliege. Mit vollem Recht hat daher §. 490, al. 2 des geltenden österreichischen Strafgesetzbuches dem Falle des Beweises der bona fides ausdrücklich jenen des Wahrheitsbeweises an die Seite gestellt und dadurch ausgedrückt, daß es dem wegen nicht öffentlicher Beleidigung Angeklagten freistehe, den einen oder den anderen dieser Beweise anzutreten, und daß das freisprechende Urtheil feststellen müsse, welcher dieser beiden

[1]) Ich habe bereits in meinen Studien zum Strafgesetzentwurfe (Oesterr. Gerichtszeitung. 1891, Nr. 51) darauf hingewiesen, wie verwirrend es ist, daß der Entwurf mit dem Terminus „öffentlich" verschiedene Bedeutungen verbindet, je nachdem demselben das Citat des §. 90, al. 2 folgt oder nicht. An sich ist es gewiß berechtigt, jene qualificirte und gesteigerte Oeffentlichkeit, welche darin gelegen ist, daß eine Aeußerung vor einer Menschenmenge, in verbreiteten Schriften oder gar durch die Presse erfolgt, von dem „einfachen" Falle der Oeffentlichkeit („öffentlich" ohne Zusatz) zu unterscheiden. Dann muß dieser Unterschied aber auch zu einem klaren und unverkennbaren Ausdrucke gebracht werden. Es würde genügen, statt „öffentlich (§. 90, al. 2)" zu sagen „vor einer Menschenmenge oder auf eine andere im §. 90, al. 2, bezeichnete Weise".

Digitized by Google

Beweise erbracht worden ist. Deshalb wäre meines Erachtens auch in dem §. 213 des Entwurfes eine Hinweisung auf den Wahrheitsbeweis neben jenem des guten Glaubens aufzunehmen. Was aber die öffentlichen Beleidigungen betrifft, so hätte, wie bereits erwähnt, die durch §. 215 statuirte Beschränkung des Wahrheitsbeweises nach der neuesten Regierungsvorlage nicht blos für den Fall eines vor einer Menschenmenge, in verbreiteten Schriften oder Druckwerken erhobenen Vorwurfes zu gelten, sondern auch für den Fall einer in irgend einer anderen Weise „öffentlich" (ohne Zusatz) ausgesprochenen Anschuldigung, hinsichtlich deren nach §. 213 der Beweis der bona fides nicht zugelassen wird. Wer also eine unter den §. 212 zu subsumirende Aeußerung an einem öffentlichen Orte (auf der Straße, im Wirthshause, im Eisenbahncoupé) gethan hat, während sich Personen, die ihm nicht durch Verwandtschaft, Freundschaft, Berufsgemeinschaft, Geschäftsverbindungen u. dgl. besonders nahestehen, in Hörweite befanden, soll, wenn er wegen Beleidigung angeklagt wird, den Beweis der Wahrheit des von ihm erhobenen Vorwurfes nur dann erbringen dürfen, wenn erkennbar ist, daß er bei der fraglichen Aeußerung von der Absicht geleitet war, ein rechtlich begründetes Privatinteresse oder das öffentliche Wohl zu fördern, d. h. er soll, wenn dies nicht erkennbar ist, trotz der erweislichen Wahrheit der von ihm ausgesprochenen Anschuldigung wegen eines Vergehens verurtheilt und bestraft werden müssen.

III.

Wenn auch die moderne Jurisprudenz der abstracten Formulirung von Grundrechten der Staatsgenossen keineswegs günstig ist, so wird sie doch kaum leugnen können, daß die Befugniß, die erweisliche Wahrheit auszusprechen, und zwar auch dann auszusprechen, wenn sie anderen Privaten nachtheilig wird, im Allgemeinen rechtlich anerkannt sei und daß es daher besonderer Gründe bedürfe, um in einem concreten Falle das Aussprechen der Wahrheit für rechtswidrig und strafbar zu erachten. Im Allgemeinen wird man ein dieser Befugniß entgegenstehendes Recht, von Anderen die Unterlassung wahrer Mittheilungen zu fordern, nicht behaupten können.[1]) Wahrung fremder Geheimnisse ist

[1]) Eine Zusammenstellung der wichtigsten Gründe für und gegen Zulassung des Wahrheitsbeweises gibt Mittermaier, Archiv des Criminalrechts, 1839, S. 20 ff., freilich ohne genügend zwischen dem Anwurfe von That-

Digitized by Google

nach herrschender Rechtsanschauung nur ausnahmsweise rechtlich geboten und daher auch nur ausnahmsweise mit einer Strafsanction ausgestattet. Namentlich kann die Verübung einer unanständigen, unsittlichen, rechtswidrigen oder etwa gar strafbaren Handlung ihrem Urheber doch gewiß kein Recht gewähren, von Anderen, die diese Handlung wahrgenommen oder von derselben nachher erfahren haben, deren Geheimhaltung zu fordern. Wenn also der Zeuge einer solchen Handlung oder derjenige, der später von derselben erfuhr, privatim oder öffentlich diese Handlung mittheilt und sie mit dem ihr entsprechenden Ausdrucke charakterisirt, so verletzt er dadurch keine Rechtspflicht gegen ihren Urheber. Es dürfte aber auch kaum möglich sein, nachzuweisen, daß er durch eine solche Mittheilung eine Rechtspflicht anderer Art, etwa eine solche gegen den Staat, verletze.

Man hat behauptet, daß dem Staate allein das Recht zustehe, zu bestimmen, in welchem Maße Handlungen der Bürger dem Urtheile ihrer Mitbürger unterworfen sind, und in welchem Sinne diese Handlungen zu beurtheilen seien. Wäre dies der Fall, dann würde freilich jedes selbständige Urtheil des Individuums über Handlungen Anderer ein Eingriff in das Monopol des Staates sein, über die sittliche Würdigkeit und bürgerliche Ehre seiner Angehörigen zu entscheiden.

Eine solche Auffassung aber, welche den Absolutismus des 17. Jahrhunderts bis in's Reich der Gedanken hineintrug und deshalb auch bei den Juristen jenes Zeitalters ihren Ausdruck fand [1]), wird heute Niemand mehr gelten lassen wollen.

Theilweise freilich hängt es noch mit dieser Anschauungsweise zusammen, wenn der große italienische Criminalist Carmignani in seiner synallagmatisch zugespitzten Weise die Frage des Wahrheitsbeweises durch die nachstehenden Schlüsse logisch erledigen zu können glaubt: „Objectae rei veritas ex meliori sententia crimen generatim haud mutat: quod si de vitio agatur, quod naturae potius quam nostrum est, durum et inhumanum foret, id exprobrare, quod emendare non possumus; si vitium sit quod a voluntatis defectu descendat, aut crimen est aut citra crimen: si citra crimen, nemini vitio vertere jus

sachen des häuslichen- und Familienlebens und anderen Beleidigungen zu unterscheiden.

[1]) Vgl. d'Argentré, citirt bei Mathäus de criminibus ad Lib. 47, tit. 4, cap. I, Nr. 8 und bei Köstlin, Goltdammer's Archiv. III, S. 317.

Digitized by Google

est, quod leges tolerant: si crimen. accusatio instituenda est, non injuria proferenda".[1])

Was den von ihm angeführten zweiten Fall betrifft, wird man Carmignani gewiß nicht zustimmen können. Denn daraus, daß die Gesetze sich veranlaßt sehen, manches vitium, manche Unsittlichkeit zu toleriren oder doch wenigstens straflos ausgehen zu lassen, wird man gewiß nicht folgern dürfen, daß der Staat berechtigt sei, Denjenigen zu bestrafen, der ein solches vitium offen als solches dargelegt und in maßhaltender Weise getadelt hat.

Und würde es richtig sein, daß Alles, was „citra crimen" ist, den Staat nichts angehe, dann würde es auch unzulässig sein, den Begriff der Ehrenbeleidigung über den Vorwurf strafbarer Handlungen hinaus auch noch auf den sonstiger Unsittlichkeiten und Unanständigkeiten auszudehnen. In Bezug auf den dritten Fall aber verkennt die Forderung Carmignani's, strafbare Handlungen der Behörde anzuzeigen, statt sie im Privatverkehre oder öffentlich vorzuwerfen, vollkommen jene Mannigfaltigkeit der Verhältnisse, welche Denjenigen, der von dem Verbrechen eines Anderen Kenntniß erhalten, abgehalten haben mögen, ihn wegen dieser That zu denunciren, während sie ihn veranlassen, bei irgend einer Gelegenheit ihm dieselbe entweder in's Gesicht vorzuhalten oder anderen Personen zu dessen Charakteristik mitzutheilen.

Wieder Andere haben die Ausschließung des Wahrheitsbeweises daraus abzuleiten gesucht, daß der wahre Vorwurf zum mindesten im gleichen, vielleicht in noch höherem Grade als der unwahre geeignet sei, Denjenigen, gegen welchen er erhoben wird, zu Gewaltthätigkeiten gegen den Beschuldiger zu reizen und dadurch zur Störung des öffentlichen Friedens zu führen.

Nach heutiger Auffassung jedoch tritt gerade bei den Beleidigungen das Moment der Friedensstörung, welches im Mittelalter allerdings auch hier ein maßgebendes sein mochte und daher auch im englischen Common law noch nachklingt, so vollständig zurück, daß die Rechtsordnung ihr Princip, strafbare Handlungen von Amtswegen zu verfolgen, gerade in Betreff der Beleidigungen durchbricht und dieselben wegen der Geringfügigkeit des öffentlichen Interesses im Verhältnisse zum Interesse des Beleidigten grundsätzlich wenigstens der

[1]) Juris criminalis elementa. edit 4ª, Romae 1829, II, pag. 151.

Digitized by Google

Verfolgung durch Privatanklage überläßt. Der Grund, warum heute Injurien bestraft werden, liegt also gewiß nicht in ihrer Tendenz, zu für die ganze Gesellschaft oder den Staat gefährlichen Störungen des öffentlichen Friedens zu führen, sondern in den Wirkungen, welche sie in Bezug auf die Person des Beleidigten haben: in der Rücksicht auf die ihm zugefügte Kränkung und auf den ihm verursachten Schaden.

Je nachdem der eine oder der andere dieser beiden Erfolge von dem Beleidiger besonders bezweckt war, unterscheidet man zwei Arten des Delictes, deren eine man Beschimpfung oder wohl auch Beleidigung im engeren Sinne, deren andere man falsche Beschuldigung, Verleumdung oder üble Nachrede genannt hat. [1])

Fassen wir zunächst den zweiten dieser die Strafbarkeit der Beleidigung begründenden Erfolge in's Auge: die Herabsetzung des Beleidigten in der öffentlichen Meinung und die aus ihr folgenden Nachtheile für seine sociale Stellung, vielleicht auch für seine ökonomischen Verhältnisse, so ist es wohl einleuchtend, daß diese theils abschätzbaren, theils imponderablen Nachtheile nur unter der Voraussetzung unter den Begriff eines rechtswidrigen Schadens subsumirt werden können, wenn der Vorwurf, dessen Erhebung jene Wirkung hatte, nicht ein nachweisbar wahrer gewesen ist. Nur in diesem Falle wird ja derjenige, gegen welchen jener Anwurf sich richtete, in der öffentlichen Meinung unter jenes Maß von Achtung herabgesetzt, welches ihm gebührt, in welchem ihn zu erhalten der Staat allein berufen sein kann. [2])

Aber auch die in einem beleidigenden Angriffe enthaltene Kränkung kann als Grund staatlicher Strafe blos dann in Betracht kommen, wenn sie eine rechtswidrige ist. Jedenfalls kann es nicht Aufgabe des Staates sein, denjenigen, dem sein thatsächlich rechtswidriges oder unsittliches Verhalten vorgeworfen worden ist, für den ihm hierdurch zuge-

[1]) Die Unterscheidung ist allgemein anerkannt, die Terminologie aber sehr streitig. Vgl. u. A. Glaser, Kl. Schr., 2. Aufl., I, 327; v. Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., S. 354, Hugo Meyer, Lehrbuch, 4. Aufl., S. 590. Auch der Bericht des Strafgesetzausschusses von 1878, Bemerkungen, S. 260, unterscheidet beide Erfolge und demnach beide Delictsarten.

[2]) Auch Glaser gibt, Kl. Schr., I, 327, zu, daß die Beschuldigung (also das Delict des §. 212. Nr. 1 und 2) „den guten Namen angreift", „der gute Name aber ein Besitz ist, in welchem nur derjenige erhalten werden kann, der ihn verdient". Warum soll also der Staat dennoch den Versuch machen, durch Bestrafung einer begründeten Bestreitung des guten Namens jenen unverdienten Besitz zu schützen?

Digitized by Google

fügten Seelenschmerz dadurch zu trösten, daß er einen Andern bestraft, der nichts gethan, als daß er, in vielleicht unzarter Form, aus vielleicht unedlen Beweggründen, jenes Verhalten des Klägers bloßgestellt hat. Wollte dies der Staat thun, so würde er durch eine solche äußerliche Auffassung des Ehrbegriffes, durch dessen Loslösung von seinem sittlichen Fundamente, der Wirksamkeit der Rechtspflege in Fällen einer wirklichen Ehrenkränkung den Boden entziehen.

Ist also der Vorwurf ein wahrer, so fehlt es an dem zur Zurechnung was immer für eines Verbrechens erforderlichen rechtswidrigen Erfolge, an dem „mit jedem Verbrechen (seinem Wesen nach) verbundenen Uebel", wie unser geltendes Strafgesetzbuch so treffend sich ausdrückt.

Auch abgesehen von dem bestrittenen „Rechte die Wahrheit zu sagen", läßt sich also aus rein strafrechtlichen Gründen eine Bestrafung des wahren Vorwurfes nicht rechtfertigen.

Selbst vom Standpunkte des Beleidigten, dessen Interesse man wahren will, läßt sich etwas Zweckwidrigeres als die Ausschließung oder auch nur Beschränkung des Wahrheitsbeweises nicht denken. Denn dadurch, daß man nicht weiß, ob die Verurtheilung des wegen Beleidigung Angeklagten nicht etwa blos deshalb erfolgt ist, weil man ihm nicht gestattete, den von ihm unter dieser Voraussetzung natürlich immer mit besonderem Nachdrucke angebotenen Wahrheitsbeweis durchzuführen, büßt die Verurtheilung des Beleidigers jene rehabilitirende Wirksamkeit für den Beleidigten ein, die ihr zukommt, wenn es dem wegen Beleidigung Angeklagten freisteht, die Wahrheit des von ihm erhobenen Anwurfes zu beweisen und er es entweder gar nicht versucht, diesen Beweis zu führen oder ihm derselbe mißlingt.[1] [2])

---

[1]) Vielleicht liegt hierin der Grund, warum in Frankreich, wo, wie unten §. 3 ausgeführt werden wird, die Einrede der Wahrheit regelmäßig ausgeschlossen ist, verhältnißmäßig wenige Anklagen wegen Diffamation erhoben werden und der Beleidigte so häufig den Weg der Selbsthilfe betritt. Im Jahre 1882 war die Gesammtzahl der wegen diffamation et injures in ganz Frankreich Angeklagten nicht größer als 3384. Vgl. Compte général de l'administration de la justice criminelle. Paris 1884, pag. 84.

[2]) Aus dieser Rücksicht hat das italienische Strafgesetzbuch, Art. 394, Nr. 3, den Wahrheitsbeweis auch zugelassen, wenn der Kläger förmlich beantragt, daß das Gerichtsverfahren auch auf die Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit der ihm imputirten Thatsache ausgedehnt werde. Dieselbe Ausnahme war auch in den Verhandlungen über das französische Preßgesetz von 1881 von Bozérian beantragt worden, wurde aber aus der Erwägung abgelehnt,

Digitized by Google

Aber nicht blos juristische, sondern auch allgemeinere Erwägungen führen zu dem Ergebnisse, daß die Wahrheit zu sagen, abgesehen von ganz besonderen Ausnahmefällen, nicht strafbar sein darf. Denn nur insolange hat der Besitz eines guten Namens seinen Werth, als auch die Leugnung desselben, wenn sie thatsächlich begründet ist, zugelassen wird.

Und letztlich kann es doch nicht die Aufgabe der Gesetzgebung sein, Rechtswidrigkeiten und Unsittlichkeiten dadurch zu beschützen, daß ihre öffentliche Bloßstellung, wenn sie im concreten Falle nicht aus völlig lauteren Motiven erfolgte, bestraft wird.

Schon Weber[1]) hat darauf hingewiesen, wie Diejenigen, welche zur Uebertretung der Gesetze geneigt sind, oft die üble Nachrede mehr fürchten als die ordentliche Strafe, und wie daher die Gesetzgebung selbst einen der wichtigsten Bewegungsgründe zur Beobachtung ihrer Vorschriften abschwächen würde, wenn sie durch Beschränkung des Wahrheitsbeweises gegenüber Injurienklagen dem Schurken die Gewähr dafür schaffen wollte, daß Niemand sich traue, ihm seine unehrenhaften Thaten als solche vorzuhalten.

Wie das gute Motiv des Thäters eine an sich rechtswidrige That nicht entschuldigt, so kann auch das schlechte Motiv eine an sich nicht rechtswidrige That nicht strafbar machen.

Nicht nur der Ethiker, auch der Socialpolitiker wird die Dignität der Wahrheit anerkennen müssen, auch wenn sie aus trüber Quelle fließt, und jenes Princip der „Beschwichtigung" und „Vertuschung" zurückweisen, welchem der Entwurf in seinem §. 215 bedenkliche Zugeständnisse macht.

Schon der Begründer der modernen Auffassung des Injurienbegriffes, Weber[2]), hat geradezu den Satz aufgestellt: „Da Derjenige,

---

daß man durch deren Aufstellung in so vielen Fällen den Beleidigungskläger moralisch nöthigen würde, seinerseits die Erforschung der Wahrheit der gegen ihn erhobenen Beschuldigung zu begehren, daß dadurch die Ausnahme zur Regel gemacht würde. Ebenso fiel der noch weitergehende Antrag Ballue auf vollständige Zulassung des Wahrheitsbeweises, welcher insbesondere mit der im Texte dargelegten Erwägung begründet war. Vgl. den unten S. 55, Anmerkung 2 citirten Bericht Lisbonne's, S. 111 und Faivre und Benoit-Lévy, Code manuel de la presse, pag. 171 ff. Auch das ungarische Strafgesetzbuch, Art. 263, Nr. 4, gibt dem Beleidigungskläger dasselbe Recht, was jedoch von dem wesentlich verschiedenen Standpunkte dieses Gesetzes, welches überhaupt dem Wahrheitsbeweise ziemlich günstig ist, keinem erheblichen Bedenken unterliegt.

[1]) Ueber Injurien und Schmähschriften. I, 175.

[2]) Ueber Injurien und Schmähschriften. I, 183.

Digitized by Google

welcher Wahrheit vorbringt, der Regel nach immer äußerlich gerecht handelt, so kommt auf die Absicht, welche ihn dazu bestimmte, im Wege Rechtens gar nichts an."

III.

Gründe wie diese sind es wohl gewesen, welche den Gesetzgeber des deutschen Reiches bestimmt haben, die formalen Beschränkungen, die noch das preußische Strafgesetzbuch von 1851, §. 157 hinsichtlich der Erbringung des Wahrheitsbeweises aufgestellt hatte, zu beseitigen und in Uebereinstimmung mit den Gesetzen anderer deutscher Staaten ausnahmslos die in dem Vorwurfe von Thatsachen bestehende Beleidigung nur dann zu bestrafen, wenn der erhobene Vorwurf „nicht erweislich wahr ist" (§. 186), oder wenn trotz der Wahrheit desselben „das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung, oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht" (§. 192). Dem deutschen Rechte sind hiernach auch jene Beschränkungen des Wahrheitsbeweises unbekannt, welche das geltende österreichische Recht (§. 489 und 490, al. 1) anerkennt.

Freilich ist es, in Kraft der zuletzt angeführten Bestimmung, auch nach deutschem Rechte möglich, daß Jemand aus Anlaß eines von ihm erhobenen wahren Vorwurfes verurtheilt und bestraft wird. Aber diese Verurtheilung unterscheidet sich nach mehreren Richtungen ganz wesentlich von jener, welche nach §. 215 des Entwurfes im Falle der Ausschließung des Wahrheitsbeweises einzutreten hätte. Erstens erfolgt sie nicht wegen des Inhaltes des erhobenen Vorwurfes, sondern wegen der Art seiner Erhebung oder Verbreitung, zweitens ist als Strafmittel für diesen Fall nur Geldstrafe, oder die sonst blos für Uebertretungen (nicht für Vergehen) zugelassene Freiheitsstrafe der Haft angedroht, die Gefängnißstrafe also ausgeschlossen, und drittens, was wohl das Wichtigste ist, wird in einem Falle dieser Art gerichtlich festgestellt, daß die Thatsache, welche der Verurtheilte dem Beleidigungskläger vorgeworfen hatte, eine wahre ist, so daß die Verurtheilung des angeklagten Beleidigers gleichzeitig auch zu einer wenigstens moralischen Verurtheilung des Beleidigungsklägers führt, was unter den Voraussetzungen des Falles an und für sich gerecht ist und noch den praktischen Nebenvortheil hat, daß unter solchen Umständen eben deshalb eine Anklage wohl nur selten erhoben werden wird.[1])

[1]) Wie unten §. 9 noch ausführlicher dargelegt werden wird, entspricht diesem §. 192 des deutschen Strafgesetzbuches im Wesentlichen der §. 217 des

Digitized by Google

Einen Weg, welcher dem des deutschen Gesetzgebers geradezu entgegengesetzt ist, hat bekanntlich das französische Recht eingeschlagen und wie in so vielen Beziehungen sind auch in dieser die Gesetzgebungen einer großen Anzahl von Staaten dessen Vorbilde gefolgt.[1] Das französische Recht schließt seit dem Gesetze vom 26. Mai 1819 den Wahrheitsbeweis bei Anklagen wegen Diffamation aus, außer wenn es sich handelt um „imputations contre des dépositaires ou agents de l'autorité, ou contre toute personne ayant agi dans un caractère public, de faits relatifs à leur fonctions".[2] Und auch das gegenwärtig geltende französische Preßgesetz vom 29. Juli 1881, Art. 35, läßt den Wahrheitsbeweis nur ausnahmsweise zu, wenn es sich um Anschuldigungen handelt, die gegen Minister, Depu-

---

Entwurfes, jedoch mit dem Einen gewaltigen Unterschiede, daß §. 217 blos für die Fälle zur Anwendung kommt, in denen nach §. 213 oder §. 214 der Beweis des guten Glaubens oder der Wahrheit zulässig ist, während in jenen, für welche §. 215 den Wahrheitsbeweis ausschließt, die Verurtheilung nicht nach §. 217, beziehungsweise 219, sondern nach §. 212 zu erfolgen hat, d. h. wegen des Inhaltes des erhobenen Vorwurfes, unter Anwendung des höheren Strafsatzes und ohne Constatirung der Wahrheit der von dem Verurtheilten behaupteten Thatsache.

[1]) So insbesondere Italien, C. p., Art. 399, welches jedoch auch für die wichtigsten Fälle der Anschuldigung strafbarer Handlungen den Wahrheitsbeweis zuläßt; Belgien, C. p., 447 (die von Haus beantragte Zulassung des Wahrheitsbeweises drang nicht durch, vgl. Mittermaier, Archiv des Criminalrechtes. 1849, S. 14), Luxemburg, Art. 447 (über einen nicht durchgedrungenen Antrag auf Zulassung des Wahrheitsbeweises vgl. Leloir, La liberté de la presse. Paris 1890, pag. 48), Spanien, C. p., Art. 383, Portugal, Art. 408, einzelne Cantone der romanischen Schweiz (Waadt, Neuenburg, Wallis, Genf), Schweden, Cap. 16, §. 13. Hingegen lassen den Wahrheitsbeweis bei Beleidigungen gegen Privatpersonen fast ohne Beschränkung zu Oesterreich, das Deutsche Reich, Norwegen, St. G. B. Cap. 17, §. 6, die Cantone der deutschen Schweiz und außer diesen auch noch Freiburg, Art. 412 und Tessin, §. 351, Dänemark, §. 215, Finnland, Cap. 27, §. 5. Ueber das englische und amerikanische Recht vgl. unten S. 59, über Ungarn vgl. oben S. 52. Auch in einzelnen Staaten des Deutschen Reiches war wiederholt die Frage angeregt worden, ob man nicht nach dem Vorgange des französischen Rechtes den Wahrheitsbeweis ganz oder theilweise ausschließen solle, so in Preußen insbesondere von den Juristen der Rheinprovinz, jedoch jedesmal ohne Erfolg. Vgl. Köstlin, Goltdammer's Archiv. III, 329.

[2]) Auch diese Ausnahme wurde in späterer Zeit (so durch die Gesetze vom 25. März 1822 und 17. Februar 1852) aufgehoben, aber immer wieder, zuerst 1849 und dann wiederum am 15. April 1871 restituirt.

Digitized by Google

tirte, Senatoren, öffentliche Functionäre, Religionsdiener, Geschworene oder Zeugen gegen ein corps constitué, oder eine administration publique, in Beziehung auf ihre Functionen erhoben werden, sowie hinsichtlich aller Anschuldigungen gegen die Directoren oder Verwaltungsräthe eines industriellen, commerciellen oder finanziellen Unternehmens, welches öffentlich Ersparnisse oder Credit heranzuziehen sucht („faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit"). [1])

Aus der Darstellung sowohl des Berichterstatters von 1819, M. de Serres, als jener des Referenten von 1881 M. Lisbonne [2]) scheint sich zu ergeben, daß der Hauptgrund für die hierin gelegene auffallende Beschränkung des Rechtes, die Wahrheit zu sagen, darin bestand, daß das französische Recht zwischen Beleidigungen durch Mittheilungen aus dem Privat- und Familienleben und anderen ehrenrührigen Mittheilungen nicht unterscheidet. [3]) Denn alle Argumente, welche gegen die Zulassung des Wahrheitsbeweises gerichtet sind, beziehen sich auf den ersteren Fall. So wenn M. de Serres sagt: „Supporterions-nous l'idée de mettre au jour notre vie privée, de dévoiler nos relations les plus intimes, souvent nos plaies les plus douloureuses et les plus secrètes à la première parole offensive? Ne verrions-nous pas là un appât présenté à la médisance, une arène ouverte à la licence et à la malignité? Telle est la crainte qui nous a déterminé à vous proposer d'interdire la

---

[1]) „Nous voudrions tâcher, je le répète, de mettre autant qu'il est en notre pouvoir, un peu d'honnêteté dans toutes ces affaires-là," sagte Laboulaye im Senat in Bezug auf diesen von der Commission des Senates beantragten Zusatz. Vgl. Faivre und Benoit-Lévy, l. c., pag. 175.

[2]) Rapport fait au nom de la commission chargé d'examiner les diverses propositions de loi relatives à la liberté de la presse. Chambre des députés, IIme législature (1880), No. 2855, pag. 102 ff.

[3]) Nur das Gesetz vom 11. Mai 1868 (bekannt unter dem Namen Mur de la vie privée, oder nach seinem Proponenten Mur Gouilloutet) hatte im Art. 11 eine Specialbestimmung gegen Mittheilungen aus dem Privatleben aufgestellt: „Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée constitue une contravention punie d'une amende de 500 francs" (also mit absoluter Strafdrohung). Vgl. Faivre und Benoit-Lévy, l. c. pag. 170. Ich habe nicht aufzufinden vermocht, wann dieses Gesetz aufgehoben wurde, doch scheint es schon 1881 nicht mehr in Geltung gewesen zu sein; jedenfalls gilt es seit dem Preßgesetz von 1881 nicht mehr.

Digitized by Google

preuve.“ Und auch Lisbonne geht davon aus, daß die Unrichtigkeit des Vorwurfes keineswegs zum Wesen der Diffamation gehöre, daß man eben um dies hervorzuheben im Jahre 1819 den Namen des in Rede stehenden Delictes, der bisher zufolge Art. 367, C. p. calomnie gewesen war, in Diffamation umgewandelt habe. Und dann fährt er fort: „Or, si, malgré la vérité du fait, la diffamation est un délit, la preuve de la vérité du fait ne saurait être autorisée ; ce serait diffamer deux fois que de prouver que le fait diffamatoire est constant.“ So richtig dies, wie unten gezeigt werden soll, hinsichtlich der persönliche und Familienverhältnisse betreffenden Vorwürfe ist, welche sich oft mehr auf ein Unglück, als auf ein Verschulden des durch dieselben Gekränkten beziehen, so unrichtig ist es hinsichtlich des Vorwurfes eines unsittlichen oder ehrenrührigen Verhaltens, welches Jemand gegenüber der Außenwelt sich hat zu Schulden kommen lassen. Hinsichtlich eines solchen hat eben die Gesellschaft ein rechtlich zu schützendes Interesse an der Kenntniß solcher Thatsachen, sofern sie wahr sind, und wäre es eine Ungerechtigkeit, aus Schonung für denjenigen, der sich gegen Moral und gute Sitte und vielleicht auch gegen die Rechtsordnung vergangen hat, Jenen zu bestrafen, der Nichts gethan, als daß er eine unbegründete günstige Meinung, welche das Publicum bisher von einem derselben Unwürdigen gehegt hatte, zerstörte.

IV.

Fragen wir nun nach den Gründen, welche den österreichischen Gesetzgeber bestimmt haben, in dieser principiell und praktisch gleich wichtigen Frage zwar nicht völlig dem französischen Rechte zu folgen, aber dennoch die Principien des geltenden österreichischen und ebenso des deutschen Rechtes zu verlassen und einen Mittelweg einzuschlagen, so ist anzuerkennen, daß dieselben allerdings ernstester Beachtung würdig sind. Wir finden diese Gründe im Berichte des Strafgesetzausschusses von 1878 angedeutet. Es soll verhindert werden, daß „öffentliche Blätter oder andere Druckschriften, um gemeine Neugierde oder Scandalsucht zu befriedigen“, ehrenrührige Vorwürfe erheben oder verbreiten. Gewiß ein Ziel, würdig der Fürsorge des Gesetzgebers. Zunächst möchte es aber scheinen, daß es mit Rücksicht auf dieses legislative Motiv genügen würde, die in §. 215 statuirte Beschränkung des Wahrheitsbeweises auf jene Beleidigungen

Digitized by Google

zu begrenzen, welche durch die Presse begangen sind.[1]) Und selbst für dieses engere Gebiet ist es wohl aus den oben dargelegten Gründen bedenklich, die Ausübung des Rechtes, Thatsachen, durch welche das Urtheil über den Charakter eines Anderen bedingt wird, öffentlich wahrheitsgemäß darzulegen, davon abhängig zu machen, daß der wegen Beleidigung Angeklagte ein loyales Motiv für diese seine Aeußerung zur Befriedigung des Richters darzuthun im Stande sei. Bereitet schon der Begriff der Förderung berechtigter Privatinteressen einige Schwierigkeiten, so wird vollends das Urtheil darüber[2]), was zur Förderung des öffentlichen Wohles dienlich ist, je nach der durch Abstammung, Bildungsgang, Erfahrungen, Lebensstellung und viele andere Momente des individuellen Entwicklungsganges bedingten Weltanschauung des zur Beurtheilung Berufenen so verschieden ausfallen, daß es nicht angeht, von diesem Urtheile die Entscheidung über die Zulässigkeit oder Ausschließung des Wahrheitsbeweises und damit implicite jene über Freisprechung oder Verurtheilung des Angeklagten abhängig zu machen.[3])

[1]) Wie dies in ähnlicher Weise der von Glaser als Berichterstatter des Ausschusses verfaßte Preßgesetzentwurf des Jahres 1871, §. 13, vorschlug: „Wenn bei der Verhandlung wegen einer durch eine Druckschrift verübten Ehrenbeleidigung der Angeklagte zwar im Sinne des Abs. 1, §. 490 und des Abs. 2, §. 491 St. G. B. die Wahrheit seiner Angaben beweist, jedoch aus der Form der Aeußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie erfolgte, zu erkennen ist, daß sie in gehässiger Absicht vorgebracht wurde, so ist der Angeklagte wegen des Vergehens der Ehrenbeleidigung mit Arrest von 1—6 Monaten zu bestrafen." Glaser, Kl. Schr., I (2. Aufl.), S. 403. Diese Bestimmung scheint dem unten S. 58 mitgetheilten Art. 151 des Züricher Strafgesetzbuches nachgebildet zu sein und theilt dessen Vorzüge und Mängel.

[2]) Nebenbei mag bemerkt werden, daß Art. 45 E. G. mit der gegenwärtigen Fassung der §§. 213 und 214 Entwurf nicht übereinstimmt.

[3]) Vgl. gegen eine ähnliche Auffassung bereits Weber, Ueber Injurien und Schmähschriften, I, S. 176, der darauf hinweist, wie Derjenige, welcher Andere tadelt, ohne sich damit rechtfertigen zu können, daß „dem Ganzen an der Bekanntmachung gelegen sei", freilich „den Vorwurf eines lieblosen Benehmens verdiene, den er aber mit dem weltlichen Richter nicht auszumachen hat" und bereits zwei Jahrhunderte vor ihm, Antonius Mathäus, de criminibus Lib. 47, tit. 4, cap. 1, §. 8, die Frage aufwirft, warum die Praxis, welche annimmt „reipublicae interesse, sciri qui sint spurii, ut arceri possent a dignitatibus" und „qui sint leprosi propter contagionem", nicht auch noch weiter gehe und, wie sie gegen die Anklage wegen Vorwurfes der Lepra und der Unehelichkeit den Wahrheitsbeweis zulasse, nicht auch Demjenigen, der geklagt wird, weil er einem Anderen vorgeworfen, daß dessen Vater gestohlen habe, die

Digitized by Google

Zudem würden gerade die anonymen Zeitungsschreiber, gegen welchen jene Norm nach der Intention der Regierung und des Ausschusses sich richten soll, wie sie längst ein von Niemand ihnen ertheiltes Mandat zur Vertretung der öffentlichen Meinung, eine Art Anwaltschaft des gemeinen Besten sich usurpirt haben, es am besten verstehen, für sich eine gewisse Präsumtion geltend zu machen, daß sie nur um des öffentlichen Wohles willen gehandelt hätten, während der „Private", der offen mit seiner Persönlichkeit der Corruption entgegentritt, einen viel schwereren Stand hätte, seine legitimatio ad veritatem darzuthun. Zum allermindesten aber müßte verlangt werden, daß schon die Wahrung und nicht erst die Förderung eines rechtlich begründeten Privatinteresses genüge, um den Wahrheitsbeweis zuzulassen.[1])

Freilich werden sich die Autoren des Strafgesetzentwurfes darauf berufen, daß sie mit ihrem §. 215 dem Beispiele eines Musterstaates für die Freiheit der öffentlichen Discussion, daß sie dem Beispiele Englands gefolgt sind.[2]) Das unter dem Namen Lord Campbell's

---

exceptio veritatis gestatte, da auch dies zu wissen unter Umständen von öffentlichem Interesse sei. In der That dürfte ein von den Grundsätzen der anthropologischen Schule durchdrungener Richter der Annahme nicht abgeneigt sein, daß ein solcher Vorwurf im öffentlichen Interesse erhoben sein könne, während ein conservativer denkender College hiervon nichts wird wissen wollen.

[1]) Vgl. hierfür auch Schwarze in seinen Bemerkungen zum Entwurfe des österreichischen Strafgesetzbuches, Wien 1875, S. 82, der überhaupt die betreffende Bestimmung „bedenklich" findet.

[2]) Auch das Strafgesetzbuch des Cantons Zürich enthält eine ähnlich scheinende Bestimmung, Art. 151: „Die Veröffentlichung oder Verbreitung einer wahren Thatsache, wenn sie auch der Ehre des Betreffenden nachtheilig ist, jedoch mit redlichen Motiven und rechtlichen Endzwecken geschah, wird nicht bestraft. Wenn jedoch aus der Art der Erzählung oder ihrer Verbreitung hervorgeht, daß dieselbe keinen anderen Zweck hatte, als dem Angegriffenen Schaden zuzufügen oder ihn dem Spotte und der Verachtung auszusetzen, so wird die Aeußerung als Beschimpfung bestraft." Stooß, Schweizer Strafgesetzbücher, S. 504. Sie unterscheidet sich jedoch vom österreichischen Entwurfe ganz wesentlich dadurch, daß sie 1. nicht von Zulassung oder Ausschließung des Beweises der Wahrheit, sondern von der Wirkung dieser unter allen Umständen zugelassenen Einrede handelt, und daß sie 2. Strafe blos dann androht, wenn positiv ersichtlich ist, daß die incriminirte Aeußerung „keinen anderen Zweck" hatte, als den, dem Beschuldigten zu schaden. Vgl. auch Strafgesetzbuch für St. Gallen, §. 107 al. ult. bei Stooß, a. a. O., S. 512. Am nächsten dürfte dem österreichischen Entwurfe die Norm des nieder-

Digitized by Google

act bekannte Statut 6. a. 7 Vict. c. 96 [1]), ein Gesetz, welches, wie sein preamble besagt, die Zwecke verfolgt, „die Ehre der Privaten besser zu schützen, die Freiheit der Presse wirksamer zu sichern und Mißbräuche dieser Freiheit entschiedener abzuwehren", bestimmt in seiner sect. 6 [2]), daß der wegen diffamatory libel Angeklagte berechtigt sei,

---

ländischen Strafgesetzbuches, Art. 263, kommen, welche den Wahrheitsbeweis zuläßt, „wenn der Richter die Ermittlung der Wahrheit zur Beurtheilung der Behauptung des Angeklagten, daß er im allgemeinen Nutzen oder in nothwendiger Vertheidigung gehandelt habe, für nöthig erachtet". Nur unterscheidet auch sie sich ganz wesentlich dadurch vom österreichischen Recht, daß sie, ebenso wie jene des englischen und amerikanischen Rechtes, einem Gesetze angehört, welches besondere Bestimmungen hinsichtlich der Mittheilungen über private und häusliche Verhältnisse nicht kennt. Ueber die essentielle Bedeutung dieses Unterschiedes vgl. den Text S. 60.

[1]) Im Gegensatze zur strafrechtlichen Verfolgung einer Beleidigung, gegen welche die exceptio veritatis blos unter der im Texte angegebenen Voraussetzung zu schützen vermag, ist gegen die civilrechtliche Klage auf Schadensersatz die Einrede der Wahrheit ohne weitere Voraussetzungen zugelassen. Denn, wie Starkie in seinem berühmten Werke: On libel and slander (3. edit. by Folkard, London 1869), pag. 527, sagt: „No one in point of natural justice and equity can have any title to a false character; he can show no legal interest in the suppression of truth, or in the continuance of error; it would be inconsistent with every sound legal principle and analogy, to allow him to recover damages for an injury to that which he either does not or at least ought not, to possess; and it would be contrary to the plainest and most obvious principles of public policy and convenience, to permit a man to make gain of the loss of that reputation and character in society, which he has justly forfeited by his misconduct." Bis zu dem im Texte angeführten Gesetze des Jahres 1843 jedoch hat die englische Gesetzgebung Bedenken getragen, aus diesen Erwägungen jene Consequenzen für das Strafrecht zu ziehen, welche sich dem unbefangenen Sinne aufdrängen, und anzuerkennen, daß, wenn der wahre Vorwurf denjenigen, gegen welchen er erhoben wurde, nicht zur Civilklage berechtigt, er ihn umsoweniger berechtigen könne, vom Staate zu verlangen, daß dieser seinen Gegner, der Nichts gethan hat, als daß er die Wahrheit gesagt, dem Strafzwange unterwerfe. Man berief sich vielmehr zur Rechtfertigung jener verschiedenen Beurtheilung der Wahrheit des Vorwurfes im Civil- und im Strafrecht darauf, daß jeder Angriff auf die Ehre, auch wenn er ein in der Wahrheit begründeter sei, die Tendenz in sich trage, zu einem Bruche des öffentlichen Friedens zu führen, welchen zu verhindern eben die Aufgabe des Strafrechtes ist. Vgl. Starkie, l. c., pag. 703.

[2]) Das Gesetz ist nachgebildet dem Gesetze vom 6. April 1805 für New-York, welches nach Wharton, Digest of criminal law, §. 1643, bestimmt, daß Freisprechung zu erfolgen habe, „if it shall appear to the jury that the

Digitized by Google

die Wahrheit der von ihm behaupteten Thatsache zu beweisen, daß jedoch ein solcher Beweis nur dann die Strafbarkeit ausschließe, wenn erweislich ist, daß die Veröffentlichung der betreffenden Thatsachen dem öffentlichen Wohle dienlich war („the truth of the matters charged may be inquired into, but shall not amount to a defence, unless it was for the public benefit that the said matters charged should be published").

Der Grund, weshalb der Nachweis der Wahrheit nicht unter allen Umständen exculpirend wirken soll, sondern blos dann, wenn die betreffende Mittheilung dem öffentlichen Wohle dienlich war, liegt, wie sich aus den Berathungen jenes Committee des House of Lords ergibt, aus dessen Verhandlungen das Gesetz hervorgegangen ist, einzig und allein darin, daß das englische Recht keine besonderen Normen hinsichtlich der Mittheilungen aus dem häuslichen und Familienleben kennt. In jenen Berathungen wurde wiederholt die Frage aufgeworfen, ob auch derjenige straflos ausgehen solle, der in Bezug auf eine Frau, die einmal seine Geliebte gewesen, seither aber in einer anderen Stadt einen tadellosen Lebenswandel führt, aus Rache dafür, daß sie ihm nicht wiederum zu Willen sein will, öffentlich die wahre Thatsache bekannt macht, daß sie vor Jahren seine Maitresse gewesen. Für solche Fälle wollte man durch Aufstellung des Erfordernisses, daß die Mittheilung for the public benefit sein müsse, dem Wahrheitsbeweise die strafausschließende Wirkung versagen. [1])

Für Fälle solcher Art soll auch nach den unten §. 8 zu entwickelnden Vorschlägen im österreichischem Rechte der Wahrheitsbeweis ausgeschlossen bleiben, wie er derzeit ausgeschlossen ist. Sofern man aber Mittheilungen über persönliche und häusliche Verhältnisse ausnimmt, fehlt es an ausreichenden Gründen zur Beschränkung des Rechtes, die Wahrheit zu sagen.

---

matter charged was published with good motives and for justifiable ends". Aehnliche Bestimmungen gelten auch nach Wharton, a. a. O. in Ohio, Massachusetts und Columbia und nach Leloir, a. a. O. S. 47, auch noch für Indiana, Connecticut, Georgia, Louisiana und Californien, sofern die Gesetze dieser Staaten dem Wahrheitsbeweise nicht etwa günstiger sind, wie Leloir anzunehmen scheint. Ueber die Entstehungsgeschichte von Lord Campbell's act vgl. Marquardsen, Archiv des Criminalrechts, 1850, 1851 und insbesondere 1852, S. 557 ff.

[1]) Vgl. Marquardsen's Mittheilungen über die vom House of Lords veranstaltete Enquête. Archiv des Criminalrechts. 1852, S. 568.

Digitized by Google

Was Lord Campbell's act betrifft, kommt es aber nach diesem Gesetze auch nicht so sehr auf das Motiv, als vielmehr auf den Zweck der Veröffentlichung an und, wie es scheint, nicht so sehr auf den Zweck derselben im psychologischen, sondern vielmehr im teleologischen Sinne des Wortes, d. h. nicht auf den Zweck, den der Angeklagte im concreten Falle thatsächlich verfolgte, sondern auf jenen, welchem eine solche Veröffentlichung im Allgemeinen dienlich zu sein pflegt [1]), so daß also das Kriterium für Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung der exceptio veritatis weit abstracter formulirt ist, als nach dem österreichischen Entwurfe, was die unbefangene Beurtheilung desselben wesentlich erleichtert. Ferner darf nicht übersehen werden, daß nach englischem common law schon der Beweis der bona fides exculpirend wirkt, wenn der Beschuldigende ein berechtigtes persönliches Interesse an der betreffenden Veröffentlichung hatte [2]), und daß nach sect. 2 des angeführten Gesetzes der Angeklagte sich in anderen Fällen schon dadurch Straflosigkeit verschaffen kann, daß er, wenn die Veröffentlichung ohne bösen Vorsatz und ohne grobe Fahrlässigkeit erfolgt war, entweder bevor die Anklage gegen ihn erhoben wurde oder bei der ersten sich nach derselben bietenden Gelegenheit in jener Zeitung oder periodischen Druckschrift, in welcher die incriminirte Aeußerung ausgesprochen worden war, einen vollen Widerruf derselben publicirt. Hiernach ist, was gewöhnlich übersehen wird, derjenige, welcher in begründetem gutem Glauben eine objectiv unwahre Anschuldigung veröffentlicht, nach englischem Strafrechte weit günstiger gestellt, als in irgend einem Staate des Continents. Endlich aber wird die scheinbare Uebereinstimmung

---

[1]) Noch deutlicher tritt dies nach sect. 179, beziehungsweise 240 des englischen Strafgesetzentwurfes von 1878 und 1879 hervor, in welchen es geradezu heißt: „It shall be a defence to an indictment or information for a defamatory libel, that the publishing of the defamatory matter in the manner in which it was published was for the public benefit at the time when it was published and that the matter itself was true." Außerdem ließen beide Entwürfe (1878, sect. 180 ff.; 1879, insbesondere sect. 235) in zahlreichen Fällen den Beweis der bona fides als strafausschließend zu.

[2]) „If the defamatory matter published is honestly believed to be true and if the relation between the parties by and to whom the publication is made, is such, that the person publishing . . . . has a legitimate personal interest in so publishing it, provided that the publication does not exceed either in extent or in manner what is reasonably sufficient for the occasion." Sir J. Stephen, Digest of the criminal law. London 1877, Art. 273.

Digitized by Google

der Bestimmung des österreichischen Entwurfes mit jener des anglo-amerikanischen Rechtes dadurch völlig zerstört, daß nach dem letzteren nicht die Zulassung des Wahrheitsbeweises, sondern nur die Berücksichtigung desselben als eines Strafausschließungsgrundes davon abhängt, daß (nicht der Richter, sondern) die jury die Nützlichkeit der betreffenden Mittheilung für das öffentliche Wohl anerkennt. Der hierin begründete Unterschied liegt nicht blos darin, daß die Entscheidung der Geschwornen über die Frage des public benefit oft wesentlich anders ausfallen wird, als die eines staatlich bestellten Richters, sondern insbesondere darin, daß die Scheu vor dem Wahrheitsbeweise denjenigen, dem ein berechtigter Vorwurf gemacht worden ist, auch in den meisten jener Fälle abhalten wird, wegen Beleidigung zu klagen, in denen der Angeklagte deshalb, weil seine Aeußerung nicht for the public benefit war, verurtheilt werden müßte.

In neuester Zeit hat übrigens das durch sect. 6 von Lord Campbell's act zugelassene Recht zur Führung des Wahrheitsbeweises dadurch noch eine bedeutende Erleichterung gefunden, daß die Entscheidung über die Wahrheit des erhobenen Vorwurfes nicht unter allen Umständen der Jury vorbehalten bleibt, sondern daß auch ein court of summary jurisdiction, wenn er sich davon überzeugt, daß eine starke und wahrscheinliche Vermuthung dafür spreche, daß die Jury den Angeklagten freisprechen würde, berechtigt ist, die weitere Verfolgung wegen libel sofort einzustellen.[1]) Wir sehen also, daß von der Zeit, in welcher Lord Mansfield den Stand des common law in dem berühmten Axiom zusammenfassen konnte: „The greater the truth, the greater the libel" bis zur Gegenwart die Entwicklung des englischen Rechtes eine stetig fortschreitende Berücksichtigung und Erleichterung des Wahrheitsbeweises darstellt.[2])

So hat denn auch die preußische Gesetzgebung, welcher im Jahre 1850 der verwandte Vorschlag vorlag, den Zeugenbeweis für die Wahrheit des erhobenen Vorwurfes auf jene Fälle zu beschränken, in denen die Behauptung oder Verbreitung desselben „zur Beförderung des öffentlichen Wohles oder zum Vortheile des Publicums geschehen wäre",

[1]) Newspaper libel and registration act 1881; 44. a. 45. Vict. c. 60, sect. 4.

[2]) Gegen die Nachahmung des englischen Vorbildes hat sich auch Glaser als Berichterstatter des Preßgesetzausschusses von 1871 ausgesprochen. Vgl. Kl. Schr. I, S. 400.

Digitized by Google

dieſen Antrag abgelehnt [1]) und die Geſetzgebung des deutſchen Reiches iſt dieſem Vorbilde und nicht jenem des engliſchen Rechtes gefolgt.

V.

Iſt ſchon für den eigentlichen typiſchen Fall der üblen Nachrede, für den Fall des Vorwurfes verächtlicher Eigenſchaften oder Geſinnungen oder ehrenrühriger Thatſachen (§. 212, Nr. 1 des Entwurfes) die Beſchränkung des Wahrheitsbeweiſes im Sinne des §. 215 nicht unbedenklich, ſo ſteigern ſich die Zweifel über die Richtigkeit des vom Entwurfe aufgeſtellten Grundſatzes noch bei Weitem hinſichtlich der in den §§. 212, Nr. 2, 4 und 5, 218 und 221 behandelten Specialfälle von „Beleidigungen".

Oder ſollte wirklich die Gerechtigkeit eine Beſtrafung desjenigen fordern oder auch nur zulaſſen, der einem Anderen im Wirthshauſe ein von demſelben thatſächlich begangenes, aber bisher unbekannt gebliebenes Verbrechen vorwirft, weil erſichtlich iſt, daß er dieſen Vorwurf nicht zur Förderung des öffentlichen Wohles erhoben hat, ſondern aus Zorn über einen Schimpf, den ihm der Andere angethan, oder über einen Schaden, den er ihm zugefügt? [2])

Nichtsdeſtoweniger droht §. 212, Nr. 2 in Verbindung mit §. 215 für dieſes Vergehen Gefängniß bis zu 6 Monaten oder Geldſtrafe bis zu 1000 Gulden. Geht unſer Mann zur Polizei und ſchuldigt er dort ſeinen Feind an, ſo fragt Niemand nach dem Motive ſeiner Anzeige, ſondern blos nach ihrer Wahrheit oder Unwahrheit oder wohl gar nur nach dem guten oder böſen Glauben des Denuncianten; erhebt er aber die Beſchuldigung im Wirthshauſe oder auf der Straße, dann ſoll auf die Wahrheit Nichts ankommen und Alles nur darauf, ob er aus Rachſucht gehandelt oder „zur Förderung des öffentlichen Wohles". [3])

---

[1]) Köſtlin in Goltdammer's Archiv. III, 329.

[2]) Auch noch der Ausſchußbericht des Jahres 1878 legt darauf beſonderes Gewicht, daß die Beſchuldigung einer ſtrafbaren Handlung (§. 201, Nr. 2 der damaligen Redaction) „fälſchlich" erfolgt ſei. Vgl. Bemerkungen, S. 270.

[3]) Beiläufig mag bemerkt werden, daß die Strafdrohung des §. 212, Nr. 2, auch auf den Fall unbegründeter Beſchuldigung wegen Verletzung der Pflichten eines öffentlichen Amtes ausgedehnt werden ſollte, denn ſelbſt wenn den Beſchuldigten in Folge dieſes Vorwurfes keine öffentliche Strafe treffen kann, iſt die Gefahr eines Disciplinarverfahrens eine ſo erhebliche, daß auch dieſe Berückſichtigung verdient.

Digitized by Google

Nach §. 218 müßte ferner im Zusammenhange mit §. 215 auch derjenige bestraft werden, der öffentlich wahre Thatsachen behauptet oder verbreitet, welche geeignet sind, den Erwerb oder Credit eines Anderen oder das ihm in Beziehung auf die Ausübung seines Berufes nöthige Vertrauen des Publicums zu gefährden oder zu schädigen, wenn nicht erkennbar ist, daß er bei jener Warnung von der Absicht geleitet war, ein rechtlich begründetes Privatinteresse oder das öffentliche Wohl zu fördern. Gerade in den durch §. 218 bezeichneten Beziehungen aber kann man gegenüber dem immer mehr um sich greifenden Annoncen- und Reclamenschwindel nie genug Wahrheit erfahren und statt solche Enthüllungen, wenn sie wahr sind, zu bestrafen, hätte man eher Anlaß, demjenigen dankbar zu sein, der, wäre es auch aus Brotneid, einen ärztlichen Charlatan als solchen entlarvt oder der das Publicum vor einem im günstigsten Falle unwirksamen Universalheilmittel warnt oder der, wenn auch nur deshalb, weil er an einem Director, der ihn entlassen hat, Rache nehmen will, die unsolide Gebahrung irgend eines Actienunternehmens aufdeckt, welches durch die hohen aus dem Capitale gezahlten „Dividenden" des ersten Jahres über die Betriebsergebnisse zu täuschen sucht. Daß Vertuschung gerade in solchen Fällen am allerwenigsten am Platze wäre, hat sogar die dem Wahrheitsbeweise sonst grundsätzlich abgeneigte französische Gesetzgebung dadurch anerkannt, daß sie, wie oben S. 55 bereits erwähnt wurde, die exceptio veritatis gegenüber Sparcassen und Creditinstituten ausnahmsweise zuläßt.

Die fragliche Bestimmung des Entwurfes ist dem §. 187 des deutschen Strafgesetzbuches nachgebildet, nach welchem derjenige bestraft wird, „der wider besseres Wissen in Bezug auf einen Anderen eine unwahre Thatsache behauptet und verbreitet, welche . . . . . dessen Credit zu gefährden geeignet ist". Es unterscheidet sich unser Entwurf aber in Begriff dieses Delictes von seinem deutschen Vorbilde einerseits zu seinem offenbaren Vortheile dadurch, daß er, an eine Bestimmung des österreichischen Strafgesetzbuches von 1803 anknüpfend[1]), der

[1]) Strafgesetzbuch von 1803, II. Theil, §. 236, bedrohte die „fälschliche Beschuldigung einer Handlung, welche, dafern sie wahr befunden würde, die bürgerliche Achtung des Beschuldigten vermindern, und daher auf sein Fortkommen, seinen Geschäftsbetrieb oder seine Erwerbung einen schädlichen Einfluß haben kann". Kudler, I, 408, führt als Beispiele an die gegen einen Geschäftsmann erhobene Beschuldigung, er sei ein schlechter Wirth, ein Spieler, ein

Digitized by Google

Creditgefährdung auch die Gefährdung des Erwerbes an die Seite stellt, andererseits aber leider auch dadurch, daß er das Constitutivmerkmal der mala fides beseitigt hat, ja sogar unter solchen Umständen Verurtheilung eintreten lassen will, in denen die Wahrheit der behaupteten Thatsachen beweisbar wäre, während schon das Strafgesetzbuch von 1803 eine fälschliche Beschuldigung voraussetzte.

Im Uebrigen gehört dieses Delict gar nicht zu den Angriffen auf die Ehre, sondern zu jenen auf das Vermögen, so daß ihm im Strafgesetzbuche der gebührende Platz in der Nähe des Nachdruckes (St. G. E. §. 325) und der Verletzung von Geheimnissen (§. 327 ff.) anzuweisen wäre.

In das deutsche Strafgesetzbuch wurde diese sogenannte Creditverleumdung nach dem Vorgange des sächsischen Strafgesetzbuches von 1855, Art. 338, erst auf Antrag der Commission des Reichstages aufgenommen, und zwar sollte nach der Absicht dieser Commission das Delict blos gegenüber „Kaufleuten oder Gewerbetreibenden" begangen werden können. „Diese Beschränkung wurde jedoch", wie Rüdorff-Stenglein, S. 434, berichten, „im Plenum des Reichstages gestrichen, um hier nicht Privilegien bestimmter Stände zu schaffen." Ganz beseitigt wird das hiermit angedeutete Bedenken jedoch erst dadurch, daß man der Strafdrohung jene erweiterte Fassung gibt, in der sie im österreichischen Entwurfe erscheint. [1]) Andererseits scheint es mir, wie gesagt, sehr bedenklich, daß unser Entwurf nicht ebenso wie das deutsche Strafgesetzbuch mala fides zum Thatbestande voraussetzt. Zum mindesten müßte, und zwar auch für den Fall der öffentlichen Mittheilung solcher Umstände der von dem Angeklagten erbrachte Beweis seiner bona fides strafausschließend wirken. So erklärt denn auch das Recht eines Staates, in welchem die merkantilen und industriellen Interessen gewiß nicht vernachlässigt werden, der Penal code of

---

leichtsinniger Schuldenmacher oder die gegen einen Arbeiter geführte Nachrede der Nachlässigkeit oder Ungeschicklichkeit.

[1]) Nur dann entfällt jenes Bedenken, welches Berner in den älteren Auflagen seines Lehrbuches (später wurde die Stelle weggelassen) dahin formulirt hatte, daß „die Ausdehnung des Begriffes der Beleidigung auf den vermögensrechtlichen Credit eine Verirrung unseres bewußt und unbewußt der Plutokratie huldigenden Zeitgeistes ist", eine Kritik, welcher die Motive zum niederländischen Strafgesetz-Entwurfe von 1879 Ontwerp van den wetboeck van strafregt, II, pag. 276, ausdrücklich beigestimmt haben.

Digitized by Google

New-York von 1882, Art. 244, daß eine Veröffentlichung als entschuldigt gelte, wenn sie ehrlich (honestly), im Glauben an ihre Wahrheit und gestützt auf vernünftige Gründe für diesen Glauben gemacht ist und in einer nicht unanständigen Kritik (fair comments) des von Jemandem in Bezug auf öffentliche Angelegenheiten eingehaltenen Vorgehens oder einer von ihrem Eigenthümer dem Publicum angebotenen oder dargelegten Sache („or upon a thing which the proprietor thereof offers or explains to the public") besteht.

Von ausländischen Rechten enthält eine bezügliche Strafdrohung auch das norwegische Strafgesetzbuch, Cap. 17, §. 5, welches jedoch nicht blos den Beweis der Wahrheit und der bona fides zuläßt, sondern auch für den Fall die Strafe ausschließt, daß die betreffende Aeußerung zwar unwahr ist, aber ohne grobe Unachtsamkeit und zur berechtigten Wahrung eigenen oder fremden Vortheils erfolgte (Cap. 17, §. 6, al. 2). Nach englischem Rechte hat der „Beleidigte" das Recht zwischen Strafklage und Civilklage zu wählen, soweit es sich um einen Fall handelt, in welchem special damage nicht nachgewiesen zu werden braucht [1]); dem Angeklagten steht jedoch die exceptio veritatis zu. Wie es scheint, wird gerade in solchen Fällen von der Criminalklage jedoch nur äußerst selten Gebrauch gemacht.

In praktischer Beziehung minder erheblich, principiell jedoch, wenn möglich, noch mehr verfehlt ist es, daß der §. 215 auch auf „Handlungen" Anwendung finden soll, „welche gegen das Andenken eines Verstorbenen gerichtet sind" (§. 221). Auch der Historiker soll also wegen Mittheilung wahrer Thatsachen aus der Geschichte der drei letzten Generationen — denn soweit erstreckt sich nach dem Entwurfe das Klagerecht der Angehörigen — verurtheilt werden, wenn dieselben geeignet sind, einen Verstorbenen in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, soferne nicht erkennbar ist, daß er dabei von der Absicht geleitet war, ein rechtlich begründetes Privatinteresse oder das öffentliche Wohl zu fördern, d. h. sofern er nicht Tendenzgeschichte schreibt, sondern die historische Wahrheit um ihrer selbst willen darstellt. Richtiger wäre es vielleicht, das Anklagerecht im Sinne des §. 223 Entwurfes blos dem Ehegatten, den Eltern, Kindern und Geschwistern vorzubehalten und im Uebrigen Angriffe auf die Ehre Verstorbener nur insoferne

[1]) Vgl. Flood, l. c. pag. 177 ff. und pag. 246.

Digitized by Google

zu bestrafen, als sie eine indirecte Beleidigung ihrer lebenden Nachkommen in sich enthalten, wie dies das französische Preßgesetz von 1881, Art. 34, thut, dessen Fehler meines Erachtens jedoch darin liegt, daß es auf die Empfindungen selbst der allernächsten Angehörigen des Verstorbenen gar keine Rücksicht nimmt und daher selbst den Kindern und Eltern wie dem hinterbliebenen Ehegatten das Recht versagt, eine Beleidigung zu verfolgen, welche blos gegen den Verstorbenen gerichtet ist, ohne auch indirect dessen Angehörige zu treffen. Einer besonderen Strafdrohung gegen jene indirecte Injurie der lebenden Nachkommen bedürfte es jedoch meines Erachtens keineswegs, wie ja sonst auch der Strafbarkeit indirecter Beleidigungen in den Gesetzen eine ausdrückliche Erwähnung nicht zu geschehen pflegt.

VI.

Einen weiteren Fall der Ausschließung des Wahrheitsbeweises statuirt endlich noch §. 216, Nr. 1, wonach „der Beweis der Wahrheit einer vorgeworfenen strafbaren Handlung ausgeschlossen sein soll, wenn durch rechtskräftige Entscheidung der zuständigen Strafbehörde ausgesprochen ist, daß dem Beleidigten die strafbare Handlung nicht nachgewiesen wurde, oder wenn bezüglich derselben ein Strafverfahren eingeleitet war, welches wegen Rücktrittes des Beleidigers von der Verfolgung durch Einstellung oder Freisprechung beendigt wurde", und nach §. 216, Nr. 2 a. E., wonach „der Beweis der strafbaren Handlung durch das Urtheil der zuständigen Strafbehörde zu führen ist" und „andere Beweismittel nur dann zugelassen werden, wenn die Strafbarkeit der Handlung durch Verjährung, Tod oder auf andere Weise bereits erloschen ist", während „bei Handlungen, welche nur auf Antrag oder auf Grund einer Privatanklage verfolgt werden können, der Beweis der Wahrheit unter allen Umständen nur durch das rechtskräftige Urtheil der zuständigen Strafbehörde zulässig ist".

Was den ersten dieser Sätze betrifft, so scheint er mir trotz des lebhaften Widerspruches, den eine analoge Bestimmung des deutschen Strafgesetzbuches §. 190 in der Wissenschaft gefunden hat[1]), begründet zu sein. Jemand, der einer strafbaren Handlung gerichtlich beschuldigt gewesen ist, hinsichtlich deren aber das competente Strafgericht festgestellt

[1]) Hälschner, II, 201; Hugo Meyer, a. a. O. S. 610; Dochow in v. Holtzendorff's Handbuch, III, 362; vgl. auch Berner, 16. Aufl., S. 482.

Digitized by Google

hat, daß sie ihm nicht nachgewiesen werden könne, darf nicht Zeit seines Lebens genöthigt sein, immer wieder, wenn Jemand es für gut findet, jene Beschuldigung gegen ihn zu wiederholen, sich vom Neuen in's Meritum der Sache einzulassen, sondern er muß das Recht haben, sich bei der von ihm erhobenen Beleidigungsklage auf jenes frühere gerichtliche Erkenntniß zu berufen, durch welches das Strafverfahren gegen ihn eingestellt wurde oder seine Freisprechung erfolgte. In der That würde es bedenklich sein, eine Frage, welche bereits Gegenstand eines abgesonderten gerichtlichen Verfahrens gewesen ist, nochmals als bloßen Incidentpunkt verhandeln zu lassen.

Ein Dritter, der etwa aus eigener Wahrnehmung die zuverlässigste Kenntniß davon hätte, daß jener Freigesprochene in der That das betreffende Verbrechen verübt habe, und der es ihm nach der Freisprechung, von der er vielleicht nichts weiß, vorgeworfen hat, könnte dadurch vor unverdienter Strafe geschützt werden, daß auf dessen Anzeige hin eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen den früher Freigesprochenen erfolgt, wonach, nachdem die Rechtskraft des freisprechenden Urtheiles behoben worden ist, der Einrede der Wahrheit gegen die Beleidigungsklage kein Hinderniß mehr im Wege steht.[1])

Während mir nach dem Gesagten die Nr. 1 des §. 216 unbedenklich erscheint, kann ich mir nicht verhehlen, daß die in Nr. 2 derselben Gesetzesstelle enthaltenen Bestimmungen einer Revision bedürftig sind, da sie eine unter Umständen höchst bedenkliche Einschränkung eines der obersten Grundsätze des modernen Strafproceßrechtes, des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung, enthalten.[2])

---

[1]) Damit erledigt sich für eine Gesetzgebung, welche in so umfassender Weise, wie die österreichische Strafproceßordnung, die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuläßt, das Bedenken von Buri's Abh. aus dem Strafrecht, S. 47.

[2]) Um die freie Beweiswürdigung zu wahren, hat das deutsche Strafgesetzbuch eine Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches, §. 157, al. 2, nicht mit aufgenommen, in welcher es eine Beschränkung des Beweises der exceptio veritatis gegenüber einem sonstigen Entlastungsbeweise erkannte. Auch John hebt in seinem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, S. 423, hervor, daß nichts geeigneter ist, „geradezu Erbitterung hervorzurufen, als der Gedanke, daß im Interesse desjenigen, der etwas Schlechtes gethan hat, die Rechte desjenigen, welcher der Verleumdung angeklagt ist (John nennt die Behauptung unwahrer ehrenrühriger Thatsachen Verleumdung), beeinträchtigt werden sollen".

Digitized by Google

Betrachten wir zunächst die den Fall der Officialdelicte betreffende Norm der ersten zwei Sätze dieses Alinea 2, so ist es einleuchtend, daß neben dem einen Ausnahmefalle, welchen auch der Entwurf anerkennt, noch in einer zweiten Gruppe von Fällen der Nachweis der dem Beleidigungskläger vorgeworfenen strafbaren Handlung durch andere Mittel als gerade durch Producirung eines denselben wegen dieser That verurtheilenden strafgerichtlichen Erkenntnisses zugelassen werden muß, nämlich in allen jenen Fällen, in welchen die Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Beleidigungskläger in Folge irgend eines entgegenstehenden Proceßhinderniſses ausgeschlossen wäre, also z. B. wenn die Zustimmung des Abgeordnetenhauses oder des Landtages zu seiner Verfolgung nicht zu erlangen wäre, oder wenn er als Exterritorialer der Competenz unserer Strafgerichte nicht unterstände, oder wenn in Folge des Grundsatzes der Specialität der Auslieferung die Verfolgung des Klägers, der wegen Eines Delictes ausgeliefert worden war, wegen jenes anderen, ihm nunmehr vorgeworfenen Verbrechens nicht zulässig sein sollte. Auch der Fall einer wegen des vorgeworfenen Thatbestandes dem Beleidigungskläger zu Theil gewordenen Abolition wäre meines Erachtens nicht anders zu beurtheilen [1]), während Köstlin [2]) für diesen Fall ebenso wie für den der Verjährung die Wirkung einer völligen Tilgung des strafbaren Thatbestandes und eben deshalb einer Ausschließung des Wahrheitsbeweises in Anspruch nimmt. [3])

Es wäre daher die Gestattung anderer Beweismittel außer dem strafgerichtlichen Urtheile auch auf den Fall auszudehnen, daß „die Verfolgung aus Gründen des Proceßrechtes ausgeschlossen gewesen".

Ganz verwerflich scheint mir der Schlußsatz des Alinea 2. Der Grund, welcher den Gesetzgeber zu dessen Aufstellung bestimmt hat, ist offenbar der, daß ein Antragsdelict oder ein Delict der Privatanklage, wie z. B. ein Familiendiebstahl oder Ehebruch, eine Verführung oder eine Verletzung des Urheberrechtes nicht gegen den Willen des Antrags- oder Anklageberechtigten dennoch, wenn auch nur implicite und im Wege eines Exceptionsbeweises zu gerichtlicher Feststellung gelangen solle, denn in der That mag eine solche Feststellung für denjenigen, dem der

[1]) Vgl. schon Weber, a. a. O., I, 179.
[2]) Goltdammer's Archiv, a. a. O., S. 330.
[3]) Gegen Köstlin vgl. v. Buri, Abhandlungen, S. 47.

Digitized by Google

hat, daß sie ihm nicht nachgewiesen werden könne, darf nicht Zeit seines Lebens genöthigt sein, immer wieder, wenn Jemand es für gut findet, jene Beschuldigung gegen ihn zu wiederholen, sich vom Neuen in's Meritum der Sache einzulassen, sondern er muß das Recht haben, sich bei der von ihm erhobenen Beleidigungsklage auf jenes frühere gerichtliche Erkenntniß zu berufen, durch welches das Strafverfahren gegen ihn eingestellt wurde oder seine Freisprechung erfolgte. In der That würde es bedenklich sein, eine Frage, welche bereits Gegenstand eines abgesonderten gerichtlichen Verfahrens gewesen ist, nochmals als bloßen Incidentpunkt verhandeln zu lassen.

Ein Dritter, der etwa aus eigener Wahrnehmung die zuverlässigste Kenntniß davon hätte, daß jener Freigesprochene in der That das betreffende Verbrechen verübt habe, und der es ihm nach der Freisprechung, von der er vielleicht nichts weiß, vorgeworfen hat, könnte dadurch vor unverdienter Strafe geschützt werden, daß auf dessen Anzeige hin eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen den früher Freigesprochenen erfolgt, wonach, nachdem die Rechtskraft des freisprechenden Urtheiles behoben worden ist, der Einrede der Wahrheit gegen die Beleidigungsklage kein Hinderniß mehr im Wege steht. [1])

Während mir nach dem Gesagten die Nr. 1 des §. 216 unbedenklich erscheint, kann ich mir nicht verhehlen, daß die in Nr. 2 derselben Gesetzesstelle enthaltenen Bestimmungen einer Revision bedürftig sind, da sie eine unter Umständen höchst bedenkliche Einschränkung eines der obersten Grundsätze des modernen Strafproceßrechtes, des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung, enthalten. [2])

---

[1]) Damit erledigt sich für eine Gesetzgebung, welche in so umfassender Weise, wie die österreichische Strafproceßordnung, die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuläßt, das Bedenken von Buri's Abh. aus dem Strafrecht, S. 47.

[2]) Um die freie Beweiswürdigung zu wahren, hat das deutsche Strafgesetzbuch eine Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches, §. 157, al. 2, nicht mit aufgenommen, in welcher es eine Beschränkung des Beweises der exceptio veritatis gegenüber einem sonstigen Entlastungsbeweise erkannte. Auch John hebt in seinem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, S. 423, hervor, daß nichts geeigneter ist, „geradezu Erbitterung hervorzurufen, als der Gedanke, daß im Interesse desjenigen, der etwas Schlechtes gethan hat, die Rechte desjenigen, welcher der Verleumdung angeklagt ist (John nennt die Behauptung unwahrer ehrenrühriger Thatsachen Verleumdung), beeinträchtigt werden sollen".

Digitized by Google

Betrachten wir zunächst die den Fall der Officialdelicte betreffende Norm der ersten zwei Sätze dieses Alinea 2, so ist es einleuchtend, daß neben dem einen Ausnahmefalle, welchen auch der Entwurf anerkennt, noch in einer zweiten Gruppe von Fällen der Nachweis der dem Beleidigungskläger vorgeworfenen strafbaren Handlung durch andere Mittel als gerade durch Producirung eines denselben wegen dieser That verurtheilenden strafgerichtlichen Erkenntnisses zugelassen werden muß, nämlich in allen jenen Fällen, in welchen die Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Beleidigungskläger in Folge irgend eines entgegenstehenden Proceßhindernisses ausgeschlossen wäre, also z. B. wenn die Zustimmung des Abgeordnetenhauses oder des Landtages zu seiner Verfolgung nicht zu erlangen wäre, oder wenn er als Exterritorialer der Competenz unserer Strafgerichte nicht unterstände, oder wenn in Folge des Grundsatzes der Specialität der Auslieferung die Verfolgung des Klägers, der wegen Eines Delictes ausgeliefert worden war, wegen jenes anderen, ihm nunmehr vorgeworfenen Verbrechens nicht zulässig sein sollte. Auch der Fall einer wegen des vorgeworfenen Thatbestandes dem Beleidigungskläger zu Theil gewordenen Abolition wäre meines Erachtens nicht anders zu beurtheilen [1]), während Köstlin [2]) für diesen Fall ebenso wie für den der Verjährung die Wirkung einer völligen Tilgung des strafbaren Thatbestandes und eben deshalb einer Ausschließung des Wahrheitsbeweises in Anspruch nimmt. [3])

Es wäre daher die Gestattung anderer Beweismittel außer dem strafgerichtlichen Urtheile auch auf den Fall auszudehnen, daß „die Verfolgung aus Gründen des Proceßrechtes ausgeschlossen gewesen".

Ganz verwerflich scheint mir der Schlußsatz des Alinea 2. Der Grund, welcher den Gesetzgeber zu dessen Aufstellung bestimmt hat, ist offenbar der, daß ein Antragsdelict oder ein Delict der Privatanklage, wie z. B. ein Familiendiebstahl oder Ehebruch, eine Verführung oder eine Verletzung des Urheberrechtes nicht gegen den Willen des Antrags- oder Anklageberechtigten dennoch, wenn auch nur implicite und im Wege eines Exceptionsbeweises zu gerichtlicher Feststellung gelangen solle, denn in der That mag eine solche Feststellung für denjenigen, dem der

[1]) Vgl. schon Weber, a. a. O., I, 179.
[2]) Goltdammer's Archiv, a. a. O., S. 330.
[3]) Gegen Köstlin vgl. v. Buri, Abhandlungen, S. 47.

Digitized by Google

Staat eben aus Rücksicht auf sein mit den Aufgaben der Strafrechtspflege collidirendes Privatinteresse das Monopol der Strafverfolgung jenes Delictes eingeräumt hat, sehr mißlich sein, weil durch dieselbe jenes Factum, an dessen Ignorirung er interessirt ist, durch eine staatliche Behörde festgestellt wird. Wir müssen uns aber gegenwärtig halten, daß in einem solchen Falle der Gesetzgeber nur die Wahl hat zwischen einer Entscheidung, die dem Antragsberechtigten zwar unbequem und nachtheilig sein mag, und einer solchen, welche dem wegen Beleidigung Angeklagten geradezu ein Unrecht zufügt. Denn ist es nicht ein Unrecht, Jemanden zu verurtheilen, der nichts Anderes gethan hat, als daß er über einen pflichtvergessenen Sohn, ein treuloses Weib, einen gewissenlosen Wüstling, einen schurkischen Geschäftsmann die Wahrheit gesagt hat? Die in jener Vorschrift liegende Erschwerung, beziehungsweise Verhinderung der Erbringung des Wahrheitsbeweises wäre um so empfindlicher und um so ungerechter, als in diesem Falle dem Angeklagten nicht einmal dann, wenn ersichtlich ist, daß er nur zur Förderung berechtigter Privatinteressen oder des öffentlichen Wohles gehandelt habe, gestattet wäre, den Wahrheitsbeweis durch ein anderes Beweismittel als jenes der öffentlichen Urkunde zu erbringen.

Aber nicht blos im Interesse des wegen Beleidigung Angeklagten, sondern auch noch von einem ganz anderen Standpunkte aus stehen einer Bestimmung, wie der in Frage kommenden, schwere Bedenken entgegen. Mit Rücksicht darauf nämlich, daß der Strafantrag und das Recht zur Privatanklage an eine kurze Frist gebunden sind und gebunden sein müssen, würde in Folge der Norm des §. 216, al. 2, derjenige selbst, welcher durch das Privatanklage- oder Antragsdelict verletzt worden ist, strafbar werden, wenn er erst nach Ablauf von drei Monaten a tempore scientiae den Ehebrecher, Beleidiger, Verführer oder Plagiator wegen seines Vergehens zur Rede stellt, sofern er nicht schon innerhalb der dreimonatlichen Frist die Einleitung des Strafverfahrens gegen denselben veranlaßt hatte.[1]) Nach Ablauf dieser Frist darf er ja zufolge §. 86 des Entwurfes Jenen nicht mehr anklagen und in anderer Weise als durch das strafgerichtliche Urtheil darf er zufolge §. 216, al. 2, die Wahrheit des von ihm erhobenen Vorwurfes nicht beweisen. Ist der

[1]) Nach dem Entwurfe hätte also der Häusler Josef S., in dessen Interesse die Generalprocuratur jene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ergriff, der der Cassationshof in seiner Entscheidung vom 9. März 1887 stattgab (Nr. 1038, Sammlung der Gerichtszeitung), verurtheilt werden müssen!

Digitized by Google

Verführer eines Mädchens also frech genug, in einem solchen Falle den Vater, den er auf's Tiefste gekränkt, der aber aus irgend welchen rein zufälligen Gründen erst nach Ablauf jener Frist in die Lage kommt, ihm seine Schandthat vorzuhalten, wegen Ehrenbeleidigung zu klagen, so muß der Vater, da er die Wahrheit des Vorwurfes, den er erhoben hat, nicht mehr beweisen darf, bestraft werden! Es würde dies dazu führen, daß Jeder, der durch ein nicht von Amtswegen zu verfolgendes Delict verletzt worden ist, genöthigt würde, so rasch als möglich die Anklage zu erheben oder den Strafantrag zu stellen, damit er nicht etwa später, wenn er die vom Gesetze ihm zur Schonung dessen, der ihn gekränkt oder geschädigt hat, auferlegte Verschwiegenheitspflicht verletzen sollte, selber straffällig werde!

Mögen wir die in dem Schlußsatze des §. 216, Nr. 2, aufgestellte Sonderbestimmung für Privatanklage- und Antragsdelicte aus welchem Gesichtspunkte immer betrachten, so zeigt es sich, daß sie nicht zu rechtfertigen ist. Sie muß gestrichen werden.

VII.

Geht in den bisher besprochenen Bestimmungen der Entwurf in der Beschränkung des Wahrheitsbeweises zu weit, so überschreitet er in zwei anderen Fällen meines Erachtens in der Zulassung desselben das richtige Maß. Nach der Auffassung der Regierung [1]) sollen nämlich die Grundsätze der §§. 213 und 214 (und somit auch die nur eine Ergänzung des §. 214 bildenden des §. 215) „einheitlich" für alle Fälle des §. 212 gelten. Hiernach müßte, wie dies übrigens die Vorlage des Ausschusses von 1889 in §. 206, al. ult., ausdrücklich verfügte, Derjenige, der einem Anderen öffentlich eine „ausgestandene Strafe" vorgeworfen hat und deshalb von demselben nach §. 212 geklagt wird, unter der Voraussetzung des §. 215 zum Beweise darüber zugelassen werde, daß Jener wirklich die betreffende Strafe ausgestanden habe, und müßte er, wenn ihm dieser Beweis gelingt, freigesprochen werden.

Bei genauerer Prüfung der Bestimmung des §. 212, Nr. 5, möchte es aber allerdings scheinen, als ob diese Annahme der Motive unbegründet, und vielmehr der Wahrheitsbeweis ebenso wie jener der bona fides in Fällen dieser Art völlig ausgeschlossen sei. Denn der

[1]) Bemerkungen, S. 264.

Digitized by Google

Fall Nr. 5 geht doch in Folge seiner Fassung „Vorwurf einer ausgestandenen Strafe" geradezu davon aus, daß die vorgeworfene Strafe wirklich von Demjenigen, dem sie vorgeworfen wurde, ausgestanden worden war, setzt also die Wahrheit des Vorwurfes voraus und gewährt somit einem mit der Wirkung der Strafausschließung ausgestatteten Wahrheitsbeweise gar keinen Spielraum. Für diese Auffassung spricht nicht blos der Wortlaut des §. 212, Nr. 5, sondern auch dessen Ableitung aus dem §. 497 des geltenden Rechtes, welcher unzweifelhaft die hier angenommene Bedeutung besitzt, sowie die criminalpolitisch anerkannte Nothwendigkeit, solche Vorwürfe, wenn sie nicht etwa zum Zwecke der Ermahnung, sondern in der Absicht, den Betreffenden zu kränken oder zu schmähen, erfolgen, auch dann zu bestrafen, wenn sie auf eine wahre Grundlage zurückgehen.

Würde der Vorwurf ein thatsächlich unbegründeter sein, so bedürfte es gar nicht der Sonderbestimmung des §. 212, Nr. 5, um wegen desselben klagen zu können, sondern wäre die Anklage nach §. 212, Nr. 1, zu erheben. Im Falle einer solchen Anklage stünde dann freilich dem Beklagten der Wahrheitsbeweis zu, dessen Erbringung ihn vor der Verurtheilung nach §. 212, Nr. 1, nicht aber vor jener nach §. 212, Nr. 5, schützen würde. Nach der Anschauung der Regierung aber, welche den Wahrheitsbeweis auch gegenüber der Anklage nach §. 212, Nr. 5, als strafausschließend gelten lassen will, würde es an einer Strafdrohung gegen den Vorwurf einer thatsächlich ausgestandenen Strafe völlig fehlen, was meines Erachtens nicht gebilligt werden könnte.

Am entsprechendsten dürfte es sein, im Anschlusse an unser geltendes Recht den Vorwurf einer (thatsächlich) ausgestandenen Strafe als Sonderdelict aufzufassen, aber blos unter der Voraussetzung eines specifischen animus injuriandi (der Absicht zu schmähen) unter Strafdrohung zu stellen. Das Strafmaximum müßte geringer sein als in eigentlichen Beleidigungsfällen. Die betreffende Bestimmung hätte etwa zu lauten: „Wer Jemandem eine wegen Verbrechens oder Vergehens[1]) über ihn verhängte[2]) Strafe oder gegen ihn durch-

[1]) Der Vorwurf einer Uebertretungsstrafe könnte füglich ignorirt werden, wenn unter die Uebertretungen blos die allein dahin gehörenden Delicte gereiht werden.

[2]) Mit-Rücksicht auf das Institut der „bedingten Verurtheilung" muß auch der Vorwurf einer Strafe einbezogen werden, zu welcher Jemand ver-

Digitized by Google

geführtes Strafverfahren zum Vorwurfe macht, um ihn durch diesen Vorwurf zu schmähen, wird mit Haft bis zu 14 Tagen oder an Geld bestraft." Das Delict wäre sonach in die Kategorie der Uebertretungen zu stellen.

Weiterhin sollen nach dem Entwurfe die den Wahrheitsbeweis betreffenden Grundsätze des §. 214 und 215 auch auf den 4. Fall des §. 212 Anwendung finden, auf den Fall „verletzender Mittheilungen über das Privatleben eines Anderen".

In sehr richtiger Würdigung des Umstandes, „daß der Schutz der Privatehre gegen öffentliche Angriffe, insbesondere gegen Angriffe in öffentlichen Blättern, ein ungenügender ist" (Bemerkungen, S. 270) und in der Erkenntniß, daß es so manche „Thatsachen gibt, die den Betreffenden (dem sie nachgesagt werden) keineswegs verunehren, deren öffentliche Mittheilung für ihn aber höchst kränkend ist", hat zuerst der Ausschuß des Jahres 1878 eine über den eigentlichen Thatbestand der Beleidigung hinausgehende Strafdrohung gegen Denjenigen aufgestellt, „der über das Privatleben eines Anderen öffentlich eine Mittheilung macht, wenn die Absicht, diesen zu beleidigen, aus der Form der Mittheilung oder aus den Umständen, unter welchen sie erfolgt ist, hervorgeht", welche Strafdrohung durch den Ausschuß des Jahres 1889 zu dem gegenwärtigen, in §. 212, Nr. 4, umschriebenen Umfange erweitert wurde.

Meines Erachtens mit vollstem Rechte, insoferne als das Erforderniß der Oeffentlichkeit beseitigt wurde und als, mit gutem Bedacht, der sehr umfassende Begriff der „verletzenden Mittheilung" zum Kern dieses Delictes gemacht wurde. Nur möchte ich vorschlagen, den allzu vagen Terminus „Mittheilungen über das Privatleben" durch den in manchen Beziehungen weiteren, in anderen aber auch wiederum engeren „Mittheilungen über persönliche und Familienverhältnisse" oder nach dem Vorbilde des dänischen Strafgesetzbuches, §. 220, und des norwegischen Strafgesetzbuches, Cap. 17, §. 8, „Mittheilungen über persönliche und häusliche Verhältnisse" zu ersetzen. Dann wäre es nicht mehr möglich, daß, wie dies auf Grund des auch im geltenden Rechte verwendeten Ausdruckes „Thatsachen des Privatlebens" geschehen ist,

---

urtheilt worden ist, ohne daß jedoch darüber, ob er dieselbe werde thatsächlich verbüßen müssen, bisher entschieden wurde. — Selbstverständlich gehört auch der Vorwurf einer jetzt bereits erlassenen Strafe, mag der Nachlaß derselben ursprünglich auch nur bedingt erfolgt sein, hierher.

Digitized by Google

der Vorwurf, daß Jemand unter wucherischen Bedingungen Darlehen gebe, soweit er nicht gleichzeitig den Vorwurf einer nach positivem Rechte strafbaren Handlung enthält, aus dem Thatbestande der gemeinen Ehrenbeleidigung ausgeschieden und unter diesen Specialbegriff subsumirt werde[1]); dann würde es aber auch andererseits nicht mehr nothwendig sein, den Vorwurf, daß Jemand an Krätze leide und eine andere Person mit derselben inficirt habe, deshalb, weil er weder das Privatleben, d. h. die private Lebensführung betrifft, noch unter die gemeine Ehrenbeleidigung, beziehungsweise Schmähung des §. 491 des geltenden Strafgesetzbuches subsumirt werden kann, straflos ausgehen zu lassen, wie dies durch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 3. Februar 1869 (Glaser's Sammlung, Nr. 1263[2]) geschah.

Nach §. 212, Nr. 4, wäre z. B. Derjenige strafbar, der einem Anderen uneheliche Geburt, anrüchigen Lebenswandel naher Angehöriger, epileptische Anfälle, Anfälle von Geisteskrankheit nachsagt oder der ihn wegen der Untreue seiner Frau verspottet, kurz der dafür sorgt, daß einem Anderen der Spott zutheil werde, der nach dem Sprichworte dem Schaden auf dem Fuße folgt.[2])

Alle diese Mittheilungen würden, wenn man daran festhält, daß die Beleidigung einen Angriff auf die sittliche Würdigkeit des Beleidigten darstellt (eine Auffassung, gegen welche freilich in jüngster Zeit wiederum v. Liszt[3]) aufgetreten ist), eine Beleidigung im eigentlichen Sinne des Wortes nicht constituiren. Trotzdem ist es nothwendig, auch sie unter Strafdrohung zu stellen. Deshalb ist §. 212, Nr. 4, vollkommen begründet. Nur scheint es mir, wenn man den Werth dieser Bestimmung nicht auf's Erheblichste beeinträchtigen will, nothwendig, für Mittheilungen solcher Art wenigstens dann, wenn sie durch die Presse erfolgen, auch den Wahrheitsbeweis nicht blos nach §. 215 bedingungsweise, sondern unbedingt auszuschließen.

In der That erfordern Mittheilungen über das Privatleben Jemandes eine ganz andere Behandlung als Mittheilungen über Angelegenheiten, an welchen die Oeffentlichkeit ein berechtigtes Interesse nimmt. Der Grundfehler des französischen Rechtes ist es, diesen

---

[1]) Entscheidung des Cassationshofes vom 18. October 1879, Z. 8401.

[2]) Unter Umständen würden freilich je nach der Absicht des Angeklagten solche Vorwürfe, wie insbesondere jene der geistigen Störungen, auch nach §. 218 strafbar sein.

[3]) Lehrbuch, 5. Aufl., S. 349.

Digitized by Google

wesentlichen Unterschied übersehen zu haben und dem Wahrheitsbeweise überall jene Bedeutung zu versagen, die ihm nur hinsichtlich der Mittheilungen über häusliche und persönliche Verhältnisse versagt werden muß. Wir haben auch gesehen, wie das anglo-amerikanische Recht eben dadurch, daß es jene Unterscheidung nicht macht, veranlaßt wurde, dem Wahrheitsbeweise eine nur bedingt exculpirende Bedeutung beizulegen, welche auf alle anderen Fälle nicht paßt.

Die Ausschließung des Wahrheitsbeweises muß aber nicht nur für die blos verletzenden, sondern auch für die geradezu ehrenrührigen Mittheilungen über persönliche und häusliche Verhältnisse gelten. Es müßten daher in §. 212, Nr. 4, neben und vor den verletzenden auch die ehrenrührigen Mittheilungen besonders hervorgehoben und für beide, wenn sie durch die Presse erfolgen, der Wahrheitsbeweis absolut (und nicht blos dann, wenn die Voraussetzungen des §. 215 mangeln) ausgeschlossen werden. Mit anderen Worten: es muß die Norm des §. 489 des geltenden Strafgesetzbuches, welche den Wahrheitsbeweis hinsichtlich der Behauptung ehrenrühriger Thatsachen des Privat- und Familienlebens ausschließt, wenigstens für Preßdelicte wiederhergestellt und auch auf Mittheilungen von zwar verletzendem, aber nicht ehrenrührigem Inhalte ausgedehnt werden.

Nur dadurch wird es möglich, Erpressungen der schändlichsten Art, welche sonst durch die Drohung mit Enthüllungen aus dem Privatleben begangen werden könnten, von vorneherein zu begegnen. Freilich ist hervorgehoben worden, daß auch solche Mittheilungen mitunter zur Wahrung berechtigter Privatinteressen oder zur Förderung des öffentlichen Wohles dienlich sein können. [1]) Der Fall jedoch, daß zur Wahrung von Privatinteressen oder zur Förderung des öffentlichen Wohles Mittheilungen solcher Art gerade durch das Medium von Zeitungen nothwendig sein sollten, dürfte eine so überaus seltene Singularität sein, daß der Gesetzgeber über denselben füglich hinwegsehen kann. Denn, würde er trotz seiner Seltenheit für diesen höchst exceptionellen Fall eine Bestimmung treffen, so möchte dieselbe die Gefahr in sich bergen, daß sie auch auf solche Fälle bezogen werde, für welche ihr jede innere Berechtigung abgeht.

---

[1]) Vgl. Köstlin, Goltdammer's Archiv. III, 321; Fierlinger, Gerichtssaal. 1854, II, 106 und Marquardsen, Archiv des Criminalrechtes. 1852, 563 f.

Digitized by Google

Sind jedoch verletzende, seien es ehrenrührige oder nicht ehrenrührige, Mittheilungen über persönliche und häusliche Verhältnisse nicht durch die Presse, sondern in anderer Weise verbreitet worden, so würde es sich allerdings empfehlen, den Wahrheitsbeweis zuzulassen, sofern ersichtlich ist, daß der Mittheilende von der Absicht geleitet war, ein rechtlich begründetes Privatinteresse zu wahren oder das öffentliche Wohl zu fördern.[1]) Wären sie rein privatim gemacht, so hielte ich es für angezeigt, auch der bona fides strafausschließende Wirksamkeit beizulegen.

VIII.

Wenn ich die Ergebnisse der den österreichischen Entwurf betreffenden Kritik zusammenfasse, so komme ich zu folgenden Vorschlägen:

1. Die §§. 213 und 214 hätten ihre Stelle im Entwurfe zu wechseln; der vom Wahrheitsbeweis handelnde Paragraph hätte voranzugehen[2]) und ihm hätte der jetzige §. 213 in folgender Fassung als §. 214 zu folgen: „War die Beschuldigung nicht öffentlich erfolgt, so kann eine Bestrafung nach §. 212 auch dann nicht eintreten, wenn die Aeußerung in gutem Glauben geschah." Hierdurch wäre zum Ausdrucke gebracht, daß im Falle öffentlicher Beschuldigung nur der Wahrheitsbeweis, im Falle nicht öffentlicher Beschuldigung außer diesem aber auch jener der bona fides exculpire.

2. §. 215 wäre völlig zu streichen.

3. Die in §. 212, Nr. 4 und 5 als Fälle echter Beleidigung behandelten Delicte wären, ganz so wie dies im geltenden Rechte der Fall ist, als Specialdelicte aufzustellen, und zwar hätte die an Stelle des §. 212, Nr. 4, tretende Bestimmung etwa zu lauten: „Wer ehrenrührige oder sonstige verletzende Mittheilungen über persönliche oder häusliche Verhältnisse eines Anderen macht (oder verbreitet), wird mit Gefängniß bis zu 3 Monaten oder an Geld bis zu 1000 fl. bestraft. War die Mittheilung öffentlich, aber nicht durch Druckschriften erfolgt, so ist der Beweis der Wahrheit zugelassen, wenn erkennbar ist, daß der Mittheilende von der

---

[1]) Nicht ausreichend ist es, wenn das geltende Recht, §. 489, den Wahrheitsbeweis blos zuläßt, wenn der Angeklagte „durch besondere Umstände zu seiner Mittheilung genöthigt war".

[2]) Selbstverständlich müßte daher das „auch" im §. 214 des Entwurfes, dem künftigen §. 213, entfallen.

Digitized by Google

Absicht geleitet war, ein rechtlich begründetes Privatinteresse zu wahren oder das öffentliche Wohl zu fördern. War die Mittheilung nicht öffentlich erfolgt, so ist der Beweis des guten Glaubens zugelassen."

An Stelle des §. 212, Nr. 5, hätte in dem von den Uebertretungen handelnden Theile des Strafgesetzbuches folgende Norm zu treten: „Wer Jemandem eine wegen Verbrechens oder Vergehens über ihn verhängte Strafe oder ein gegen ihn durchgeführtes Strafverfahren wegen Verbrechens oder Vergehens zum Vorwurf macht, um ihn durch diesen Vorwurf zu schmähen, wird mit Haft bis zu 14 Tagen oder an Geld bestraft.

4. Das Delict des §. 218 wäre aus dem Capitel von den Beleidigungen völlig auszuscheiden und in jenes vom „strafbaren Eigennutz" zu versetzen. Der Thatbestand wäre in subjectiver Richtung dadurch einzuschränken, daß mala fides erfordert würde.

5. Das Alinea 2 des §. 216 hätte zu lauten: „Der Beweis der strafbaren Handlung ist durch das Urtheil der zuständigen Strafbehörde zu führen. Andere Beweismittel werden nur dann zugelassen, wenn die Strafbarkeit der Handlung durch den Tod des Beschuldigten oder durch einen Strafaufhebungsgrund erloschen oder die Verfolgung derselben aus Gründen des Proceßrechtes ausgeschlossen ist." Der von den Antrags- und Privatanklagedelicten handelnde Schlußsatz hätte zu entfallen.

IX.

Mit den entwickelten Vorschlägen wären jedoch jene Modificationen, welche im Zusammenhange mit der veränderten Stellung des Wahrheitsbeweises an den Bestimmungen des Entwurfes vorgenommen werden müßten, noch nicht erschöpft.

Wie bereits oben in §. 3 dargelegt wurde, finde ich es vollkommen billigenswerth, daß der Wahrheitsbeweis den wegen Beleidigung Angeklagten im Allgemeinen blos von der Verantwortung für den Inhalt, nicht aber auch von jener für die vielleicht unter allen Umständen unstatthafte Form seiner Außerung entbindet. Diesen Gedanken will im Anschlusse an §. 192 des deutschen Strafgesetzbuches der §. 217 des Entwurfes zum Ausdrucke bringen. Nur ist es ganz verfehlt, wenn derselbe eine Aeußerung, welche wegen des nach §. 213, beziehungsweise §. 214 und 215 erbrachten Entlastungsbeweises nicht

Digitized by Google

als Beleidigung, sondern nach §. 219 als Beschimpfung bestraft werden soll, dennoch als „Beleidigung" bezeichnet. §. 217 wäre etwa in folgender Gestalt zu formuliren: „Der nach §. 213, beziehungsweise 214 erbrachte Beweis der Wahrheit, beziehungsweise des guten Glaubens schließt die Bestrafung nach §. 219 nicht aus, wenn aus der Form der Aeußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah [1]), das Vorhandensein einer Beschimpfung hervorgeht." Nur die Anerkennung Einer Ausnahme würde auch hier sich als unabweisbar darstellen. Es gibt Handlungen, für deren Bezeichnung nur ein Schimpfwort der adäquate Ausdruck ist. Wenn ich eben von Jemandem betrogen oder bestohlen worden bin und ihn deshalb zur Rede stelle, würde eine zarte Ausdrucksweise nicht am Platze sein; vielmehr werden die Schimpfworte: „Betrüger, Gauner und Dieb" der Situation einzig und allein entsprechen. Nichtsdestoweniger müßte ich, wenn ich mich derselben bediene, nach §. 217, beziehungsweise 219 verurtheilt werden. [2]) Es liegt auch in der Consequenz des §. 225 des Entwurfes, daß, wenn der Beleidigte, der die ihm zugefügte Beleidigung seinerseits erwidert, aus dem Gesichtspunkte der Retorsion freigesprochen werden kann, der Bestohlene, Betrogene oder Verwundete, wenn er sofort durch ein Schimpfwort reagirt, dafür nicht zur Verantwortung gezogen werden darf. Vollkommen anerkannt ist der Parallelismus dieser beiden Fälle im norwegischen Strafgesetzbuch, Cap. 17, §. 9: „Ist die Ehrenkränkung von dem Verletzten selbst durch sein ungebührliches Benehmen hervorgerufen oder in Vergeltung einer

[1]) Ein solcher Umstand läge z. B. darin, daß die betreffende Aeußerung öffentlich gethan wurde, obwohl sie ebensowohl auch in privatem Kreise hätte gethan werden können, oder daß sie an einem Orte erfolgte, an dem die Wirksamkeit des Schimpfes eine gesteigerte war.

[2]) Auf Grund des deutschen Rechtes nimmt Hugo Meyer, Lehrb., 4. Aufl., S. 602, in einem solchen Falle Straflosigkeit an. Und in der That wird man sagen können, daß unter diesen Umständen in dem Gebrauche des Schimpfwortes keine Beleidigung liege. Vgl. auch v. Buri, Abhandlungen aus dem Strafrecht. 1862, S. 45. Unser Entwurf aber bedroht in seinem §. 219 nicht die Beleidigung, sondern die Beschimpfung. Und obwohl im Allgemeinen der Begriff Beleidigung ein weiterer ist, als der der Beschimpfung, so ist er doch gerade in Bezug auf Fälle der angeführten Art nach einer besonderen Richtung hin wiederum enger als dieser. Wenn also auch der Zuruf „Du Lump" gegen den Kutscher, der, in rasender Eile um die Ecke lenkend, mich beinahe niedergefahren hätte, keine Beleidigung desselben enthält, so enthält er doch eine Beschimpfung, aber eine solche, die straflos bleiben sollte.

Digitized by Google

Körperverletzung oder einer Beleidigung zugefügt, so kann die Strafe entfallen."

Was von dem Falle gilt, in welchem das strafbare Verhalten des Beschimpften durch den Augenschein gegeben ist, hätte auch von dem Anderen zu gelten, in welchem gleichzeitig mit dem Gebrauche des Schimpfwortes dessen schimpfliches Verhalten wahrheitsgetreu dargestellt wird. Auch Derjenige also, der eine noch nicht gesühnte, als Verbrechen oder Vergehen strafbare Handlung des Anderen wahrheitsgetreu berichtet und daran eine Beschimpfung desselben knüpft, sollte nicht strafbar sein, denn „es enthält kein Unrecht und also auch keine strafbare Beleidigung (injuria), wenn man einen Betrug einen Betrug, eine Schändlichkeit eine Schändlichkeit nennt", wie Krug[1]) treffend es ausdrückt.

Ich würde daher dem §. 219 noch einen Zusatz hinzufügen, etwa folgenden Inhaltes: „Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf Schimpfworte, welche gebraucht worden sind in Bezug auf das unmittelbar vorhergegangene oder ohne Entstellung mitgetheilte Verhalten desjenigen, der sich eines nicht ausschließlich mit Staatsgefängniß bedrohten Verbrechens oder Vergehens schuldig gemacht hat." Durch den ersten Theil dieser Norm würde auch jenem Bedürfnisse abgeholfen, welches den früheren Entwurf bestimmt hatte, die strafausschließende Wirksamkeit der Retorsion nicht blos gegenüber Beleidigungen, sondern auch in Bezug auf Körperverletzungen anzuerkennen.[2])

X.

Der in den gegenwärtigen Erörterungen vorgeschlagenen, nur durch ganz wenige Ausnahmen beschränkten Anerkennung des Rechtes, die Wahrheit zu sagen, würde als nothwendiges Complement eine um so größere Strenge gegen die wider besseres Wissen erfolgende Behauptung oder Verbreitung ehrenrühriger Thatsachen entsprechen müssen. Ich halte es für unbedingt nothwendig, diesen Fall der Beleidigung nicht blos unvergleichlich strenger zu bestrafen, sondern auch schon in seinem Namen als verleumderische Beleidigung besonders zu brandmarken. Ich kann es daher nur auf das Lebhafteste bedauern, daß der Ausschuß des Jahres 1878 den §. 204 der ersten Regierungsvorlage gestrichen hat, der lautet: „Wer eine im Sinne der §§. 200 ff.

[1]) Commentar zum sächsischen Strafgesetzbuch. II, 168.

[2]) Vgl. Bemerkungen, S. 152, ad §. 65 der Regierungsvorlage von 1874.

Digitized by Google

strafbare Beleidigung wider besseres Wissen begeht, wird wegen verleumderischer Beleidigung mit Gefängniß von 14 Tagen bis zu 2 Jahren bestraft." Die Ausschließung der Geldstrafe, die Festsetzung eines besonderen, mit 14 Tagen gewiß nicht zu hoch bemessenen Minimum der Freiheitsstrafe, die Zulassung eines höheren Maximum und insbesondere die Brandmarkung durch einen besonderen Namen scheinen mir von höchster Wichtigkeit gerade für diesen Fall.

Freilich läßt es sich nicht leugnen, daß das Motiv, welches den Ausschuß des Jahres 1878 bewog, diesen Paragraphen der Glaserschen Vorlage abzulehnen und welches auch alle nachfolgenden Entwürfe bestimmte, diesem Vorgange zu folgen, ein von jenem Standpunkte aus, welchen der Entwurf gegenüber der Frage des Wahrheitsbeweises einnimmt, zwingendes gewesen ist.

Mit vollem Rechte bemerkt der Ausschußbericht, daß „Jeder, der nach §. 204 Entw. angeklagt würde, bestrebt sein müßte, zu beweisen, daß er die Beleidigung nicht wider besseres Wissen verübt habe, daß dieser Beweis aber zu einem Wahrheitsbeweise sich gestalten und dadurch der in vielen Fällen ausgeschlossene Wahrheitsbeweis wieder durch eine Hinterthüre eingeführt werden würde".[1])

Das ist vollkommen richtig, beweist aber meines Erachtens nur von Neuem, daß gegenüber den Anklagen wegen echter Beleidigung der Wahrheitsbeweis nicht ausgeschlossen werden kann und darf. Von dem in dieser Abhandlung dem Wahrheitsbeweise gegenüber eingenommenen Standpunkte aus würde das Argument des Ausschusses der Auszeichnung der verleumderischen Beleidigung keineswegs entgegenstehen, sondern vielmehr geradezu zu derselben hinführen.

[1]) Bemerkungen, S. 268 a. E.

Q/DA 2
101 1/46

Druck von Gottlieb Gistel & Comp. in Wien I., Augustinerstraße 12.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

(Separat-Abdruck aus der Juristischen Vierteljahresschrift, herausgegeben von den Professoren Dr. D. Ullmann, Dr. Otto Frankl und Dr. August Finger. 24. Bd. (8. Bd.) IV. Heft.)

Heinrich Lammasch: Diebstahl und Beleidigung. Rechtsvergleichende und criminalpolitische Studien mit besonderer Rücksicht auf den österreichischen Strafgesetzentwurf. Wien 1893, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. 80 S.

Unter dem erwähnten Titel veröffentlicht Lammasch zwei selbstständige Abhandlungen, die nur insofern zu einander in Beziehung sind, als in beiden das geltende österreichische Strafrecht in einigen Punkten mit den analogen Bestimmungen des Entwurfes verglichen wird. Zwischen beide Abhandlungen ist ein Excurs eingereiht über die Frage des freiwilligen Schadenersatzes als Strafaufhebungsgrund bei Diebstahl und verwandten Delicten.

In der Abhandlung „Beleidigung" wird ausführlicher nur vom Wahrheitsbeweise bei Beleidigungen gehandelt; an den diesbezüglichen Bestimmungen des Entwurfes wird sorgfältige Kritik geübt und hiebei die ausländische Gesetzgebung gründlich verwerthet. Die Untersuchung schliesst ab mit beachtenswerthen Vorschlägen zur Abänderung einiger Bestimmungen des Entwurfes des österreichischen Strafgesetzes hinsichtlich der Ehrenbeleidung.

Wir können sowohl zu diesem Theile der Abhandlung als zu jenem, in welchem hinsichtlich des Diebstahls Vorschläge *de lege ferenda* gemacht werden, nicht ausführlicher Stellung nehmen, da dies eine Berücksichtigung so vieler, zum Theile disparaten Gebieten angehöriger Momente erheischen würde, dass der Rahmen einer Besprechung weitaus überschritten werden müsste. Dagegen scheint es geboten, näher einzugehen auf die Ausführungen, die auf den Diebstahl nach geltendem österreichischem Rechte sich beziehen.

Lammasch beginnt mit der unter Berufung auf die ältere österreichische Literatur (Jenull, Frühwald, Herbst) aufgestellten Behauptung, dass der Diebstahl nach österreichischem Rechte ein gewinnsüchtiges Verbrechen ist, bei welchem der Thäter somit eine Bereicherungsabsicht haben muss (S. 4). Die dieser Anschauung entgegenstehende Janka's (Lehrb., S. 249), nach welcher es beim Diebstahl auf die Absicht der rechtswidrigen Zueignung der Sache und nur auf sie ankommt, wird ebenso wie die von uns vertretene Anschauung [1]), nach welcher der Diebstahl ein Delict gegen das Eigen-

[1]) Die Veruntreuung von Baarcautionen. H. Tempsky. 1890, S. 20.

Digitized by Google

thum, nicht ein Delict gegen das Vermögen ist, für ein „Missverständniss“ erklärt. Die Bedeutung eines solchen Missverständnisses in einer praktisch so wichtigen Frage rechtfertigt es wohl, wenn die Anschauung Lammasch' einer näheren Prüfung unterzogen wird.

Lammasch begründet sie durch drei Argumente (S. 4). 1. Der Gebrauch der Worte „um seines Vortheiles willen“ im §. 171 wäre nicht zu erklären, wenn die Worte nicht auf eine Bereicherung des Thäters zu beziehen wären; um irgend eines Vortheiles willen wird jede Handlung unternommen, da der Gesetzgeber dieses Moment hier hervorhebt, so ist klar, dass darunter nur ein Vortheil im engeren, technischen Sinne verstanden werden sollte (S. 4). 2. Wird das von Herbst gebrauchte Argument wiederholt, dass sich das Gesetz im §. 306 „des Ausdruckes „gewinnsüchtige Absicht“ in einem solchen Zusammenhange bedient, dass derselbe als mit dem im §. 171 gebrauchten Terminus — um seines Vortheiles willen — identisch erscheine“. 3. Soll sich aus den Bestimmungen der §§. 187 und 188 über thätige Reue ergeben, dass das österreichische Recht als für den Diebstahl charakteristisch nicht die Kränkung des Besitzwillens auffasst, sondern „den in Geld abschätzbaren Vermögensnachtheil“ des Bestohlenen. „Die Entwendung einer Sache, durch deren Entziehung ein in Geld abschätzbarer Schaden nicht entstanden ist, ist daher nicht Diebstahl nach österreichischem Recht.“

Wir wollen diese Argumentation später noch streifen, vorläufig aber die Folgerungen betrachten, die Lammasch aus seiner eigenen Definition zieht. Eine Zusammenfassung der sub 1—3 hervorgehobenen Momente, die grösstentheils wörtlich wiedergegeben sind, ergibt, dass nach Lammasch' Anschauung im Sinne österreichischen Rechtes ein Diebstahl nur vorliegt, wenn die Entwendung um einer Bereicherung, um eines Vermögensvortheiles (S. 5, II, sub 1) willen vorgenommen ist; durch diese Entwendung muss auch ein in Geld abschätzbarer Vermögensnachtheil entstehen *(argum. 3)*; der Diebstahl könnte sohin definirt werden als Entziehung einer fremden beweglichen Sache aus eines Anderen Besitz um eines Vermögensvortheiles willen, wobei gleichzeitig dem Betroffenen ein in Geld abschätzbarer Schaden entstanden sein muss. In welcher Beziehung der Vortheil der einen Seite zum Nachtheil der anderen stehen muss (dass sich beide nicht immer decken, bedarf keiner näheren Ausführung), darüber wird uns keine Auskunft. [2]) Lammasch übergeht nach dieser Argumentation zur Betrachtung einzelner praktischer Beispiele, deren Lösung der Beachtung werth ist, weil Lammasch hier seine eigenen Anschauungen zum Theile modificirt, zum Theile aber auch ihnen selbst widerspricht.

[2]) Merkel hat als charakteristisch für die Bereicherungsverbrechen hervorgehoben, dass bei ihnen die Handlung nicht blos auf die vermögensrechtliche Benachtheiligung Jemandes gerichtet ist, sondern zugleich darauf, den Vermögenswerth, welcher dem Berechtigten entzogen wird, den Interessen Anderer rechtswidrig dienstbar zu machen (dass sich die Auffassung Lammasch, mit dieser nicht deckt, wird aus dem oben Angeführten klar).

MAY 8 5 1922

Digitized by Google

Wir erfahren zunächst (Beispiel sub 1, S. 5), dass der zum Diebstahl erforderliche Vermögensvortheil, beziehungsweise die Bereicherung, die der Dieb mit dem Diebstahle beabsichtigt, nicht verwirklicht werden muss durch den Werth des gestohlenen Gegenstandes; es genügt zum Thatbestande des Diebstahles, „dass der Entwender aus der Zueignung einer Sache.... einen mittelbaren Vortheil für sein Vermögen zu ziehen beabsichtigt". Als Beispiel für diesen Fall wird angeführt die Entwendung des Correcturbogens des Verwaltungsberichtes einer Actiengesellschaft, um früher über Bilanz und Dividende orientirt zu sein und darnach die Speculation einzurichten.[3]) Noch unbestimmter wird der zum Diebstahl erforderliche Vermögensvortheil in einem später (auf S. 11) gebrachten Beispiele, bei dessen Besprechung Lammasch für einen Diebstahl erklärt die Entziehung einer fremden Sache aus eines Anderen Besitz und die sohin vorgenommene Zerstörung derselben, wenn sie geschah, um sich eines Concurrenten zu entledigen. Ein Branntweinschmuggler hatte, um einen Concurrenten zu schädigen, einen Kahn, mit welchem dieser sein Gewerbe betrieb, mit Steinen beschwert und in den Fluss versenkt. Diebstahl ist endlich auch die Entwendung einer Sache, um von ihr als von einer Werth habenden Gebrauch zu machen, dies selbst dann, wenn der Thäter sich des Verkehrswerthes der Sache gar nicht bewusst gewesen sein sollte, sondern es genügt, wenn er sie um ihres Gebrauchswerthes willen sich zugeeignet hat; darnach begeht einen Diebstahl, wer sich eine fremde Pistole zueignet, um sich mit derselben zu erschiessen, ein Gefangener, der, um zu entfliehen, sich ein Seil zueignet.[4]) Der zum Diebstahl erforderliche Vermögensvortheil besteht also blos mehr im vorübergehenden Gebrauch einer Sache.

[3]) Nur nebenbei sei bemerkt, dass es unseres Erachtens nicht richtig ist, wenn Lammasch (S. 6) erklärt, dass im gegebenen Beispiel sich an den Besitz des Blattes Papier ein Vermögensvortheil knüpft; der erst von der Eventualität des Gelingens der Speculation abhängige Vermögensvortheil ist an den Besitz des Papieres so wenig geknüpft, dass er trotz des Besitzes des Papieres nicht einzutreten braucht. Im obigen Beispiele ist Erlangung eines Vermögensvortheiles Motiv einer Handlung (der Entwendung des Correcturbogens), nach deren Gelingen der Thäter keineswegs als glücklicher Besitzer die Hände in den Schoss legt, sondern nun erst die zweite Handlung, die Speculation, setzt, aus welcher ihm der Vermögensvortheil entstehen soll, aber auch Schaden werden kann.

[4]) Die Ausdrucksweise (S. 11): „Deshalb ist es Diebstahl, wenn ein Gefangener, um zu entfliehen, sich ein Seil oder einen Civilanzug zueignet und bei der Flucht mit demselben betreten wird, oder, wenn ihm die Flucht gelungen, es unterlässt, diese Sachen, nachdem er in Sicherheit gelangt, zurückzustellen". ist unpräcis und daher nicht geeignet, den in ihr enthaltenen Gedanken zu voller Klarheit zu bringen; es kann nicht unerwähnt bleiben, dass das Moment der Nichtrückstellung eines Gegenstandes nicht Voraussetzung der Existenz eines Diebstahles ist; der Gefangene, der das zum Zwecke der Flucht an sich genommene Seil nach gelungener Flucht zurückstellt, bleibt, wenn seine Handlung als Diebstahl aufgefasst wird, Dieb, nur ist sein Diebstahl unter gewissen Voraussetzungen nicht strafbar. Lammasch verfällt hier in die von ihm selbst (S. 35) bekämpfte Anschauung, die meint, dass der Diebstahl gestraft werde, weil der Thäter es unterlassen hat, die entwendete Sache rechtzeitig zurückzustellen.

Digitized by Google

Nach dem bisher Dargestellten ist eine thatsächliche Bereicherung zum Thatbestande des Diebstahls nicht erforderlich, denn der mittelbare Vortheil, der sich an die Handlung knüpfen soll, kann ja ausbleiben; andererseits genügt wieder eine thatsächliche Bereicherung aus einer Entwendung nicht, wenn der Thäter nicht um der Bereicherung willen gehandelt hat (S. 9). Lammasch gibt an, dass es im Sinne österreichischen Rechtes nicht Diebstahl wäre, „wenn bei einer Wählerversammlung Jemand dem wenig redegewandten Candidaten der Gegenpartei das Manuscript derselben aus der Tasche zieht, um ihm seine Wahlchancen zu verderben, oder auch nur um sich am Anblicke seiner Hilflosigkeit zu weiden", es wäre nicht Diebstahl die Wegnahme eines Kaiserbildes, um eine Festversammlung zu stören. Die Thatsache, dass Jemand sein Vermögen um eine werthhabende Sache vergrössert hat, genügt nicht, wenn er es nicht zu diesem Zwecke that; consequent müsste Lammasch sagen, dass, wer das Manuscript der Mommsen'schen römischen Geschichte aus dem Besitze dieses Gelehrten ohne dessen Einwilligung entzieht, nicht, um es zu lesen oder selbst herauszugeben, nur um es bei sich zu behalten und dessen Herausgabe zu hindern, nach österreichischem Recht keinen Diebstahl begeht. Wir wären begierig, zu erfahren, ob Lammasch eine solche Handlung nach österreichischem Recht für straflos halten, beziehungsweise welchem Thatbestand er sie subsumiren würde.

Als charakteristisch für den Diebstahl bliebe sohin nach dem Bisherigen nur übrig, dass die Handlung, durch welche eine fremde bewegliche Sache entzogen wurde, das sie bestimmende Moment in der Gewinnsucht des Thäters hat; die Gewinnsucht als Motiv der Handlung ist so sehr Charakteristikon des Diebstahls, dass thatsächliche Vermögensbereicherung ohne Gewinnsucht nicht Diebstahl ist, während gewinnsüchtige Handlung ohne Bereicherung Diebstahl ist.

Die Furcht, der Gesetzgeber könnte im Diebstahlsbegriff neben gewinnsüchtigen Handlungen auch nicht-gewinnsüchtige zusammenfassen, liess Lammasch in das andere Extrem verfallen; während es nach der bekämpften Anschauung Diebstähle gibt, die das Merkmal der Gewinnsucht nicht an sich tragen, ist nun Gewinnsucht als Motiv der Handlung fast alleiniges Merkmal des Diebstahls geworden. Man könnte glauben, eine nähere Determination dieses ungenügend begrenzten Begriffes in jenem Erfordernisse zu finden, das oben als für den Diebstahl charakteristischer Verletzungserfolg angegeben wurde: in dem Momente, dass ein in Geld abschätzbarer Schaden dem Bestohlenen zugefügt worden sein muss; allein auch dieser Versuch versagt, angesichts des Umstandes, dass Lammasch allerdings auf S. 5 behauptet, dass die Entwendung einer Sache, durch deren Entziehung ein in Geld abschätzbarer Schaden **nicht** entstanden ist, Diebstahl im Sinne unseres Gesetzes nicht ist — dagegen aber auf S. 6 den Thatbestand des Diebstahles bereits gegeben erachtet, wenn der Entwender aus der Zueignung einer Sache,

Digitized by Google

welche an und für sich nicht einmal den Werth der geringsten Münze besitzt, einen mittelbaren Vortheil für sein Vermögen zu ziehen beabsichtigt. Im Einklange mit der letzteren, aber im Widerspruche zur ersteren Anschauung ist auch die Behauptung, dass an falschen Creditpapieren Diebstahl möglich ist, wenn der Dieb durch deren Ausgabe sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen beabsichtigt.

So wären wir denn glücklich dabei angelangt, Handlungen, die Niemandem Schaden, dem Thäter keinerlei Vortheil bringen, als vollendete Diebstähle, als Delicte gegen das Vermögen (S. 15) strafen zu müssen; durch eine solche Definition hofft Lammasch es vermeiden zu können, dass unter den Begriff des Diebstahls nicht Handlungen zusammengefasst werden, die eine verschiedene ethische Würdigung in der Gesellschaft finden.

Wir unterlassen es, alle Consequenzen der Lammasch'schen Anschauung zu ziehen, es genüge der Hinweis, dass, wenn sie richtig ist, vom Standpunkte unseres heute geltenden österreichischen Rechtes das Eigenthum fremden Angriffen gegenüber, die nicht auch das Vermögen treffen, schutzlos dasteht, ja dass auch viele Angriffe gegen das Vermögen straflos sind, wenn der Thäter nur nicht aus Gewinnsucht gehandelt hat.

Der übermüthige Millionär, der mir ein bescheidenes goldenes Kreuzchen nimmt, das letzte Andenken an meine verstorbene Mutter, die es bis zum letzten Athemzuge mit Liebe getragen, weil es das Einzige war, was ihr zurückblieb von ihrem am Felde der Ehre gefallenen Manne — er ist kein Dieb; Dieb ist auch nicht der, der mir sonst eine Sache entzieht — wenn sie mir nur den Verkehrswerth zurücklassen. Dieb ist auch der nicht, der mir ohne Aequivalent ein Originalgemälde Raphael's wegnimmt und es bei sich zu Hause versperrt und dies nur thut, damit ich die Freude an dem Anblick des Gemäldes nicht habe. Freilich Lammasch vertröstet uns mit der Möglichkeit der Vindication und mit dem Entwurfe eines neuen Strafgesetzes, das Handlungen dieser Art mit „mässiger" Strafe bedrohen soll. Und das geltende Recht, sollte dieses wirklich eine solche klaffende Lücke aufweisen? Lammasch kommt zur bejahenden Beantwortung dieser Frage vor Allem durch einen Auslegungsfehler. Es ist ein Fehler, die Bestimmung der §§. 187 und 188 St. G., wie dies Lammasch thut, zur Interpretation des §. 171 St. G. heranzuziehen.

Die genannten Paragraphe enthalten in keiner Beziehung eine Determination des Diebstahlsbegriffes, sie knüpfen vielmehr an diesen an.

Die §§. 187 und 188 St. G. handeln von der Straflosigkeit des Diebstahls wegen thätiger Reue, sie stellen die Voraussetzungen fest, unter denen der Staat auf das ihm aus einem Diebstahle bereits entstandene Strafrecht verzichtet; die Bedingungen, unter denen ein staatliches Strafrecht erlöschen soll, müssen sich keineswegs mit den Bedingungen decken, bei deren Vorhandensein es ent-

Digitized by Google

steht [5]); aus den besonderen Gründen, aus denen die Diebstahls**strafe** erlischt, auf den Begriff des Diebstahls schliessen, steht methodisch gleich dem Versuche, aus dem allgemeinen Straferlöschungsgrunde der Verjährung auf die Verbrechensmerkmale rückschliessen zu wollen.

Aus dem Umstande, dass eine Gesetzgebung sagt, sie wolle einem Diebe die Strafe nachsehen, wenn er, ehe die Obrigkeit von seinem Verschulden erfährt, aus **thätiger Reue** den aus seiner That entstandenen Schaden gut macht, folgt noch keineswegs, dass Diebstahl nicht gegeben sei, wenn ein Thäter der Vorschrift, eine fremde Sache nicht zu nehmen, trotzend und in bewusstem Gegensatze zu derselben eine Sache wegnimmt und den Werth derselben zurücklässt; hier ist kein reuiges Gutmachen des aus einem Diebstahl entstandenen Schadens, sondern ein raffinirter Versuch der Umgehung einer Norm. Fälle solcher Art dürfen eben nicht gleich gestellt werden jenem, der in der Cassationsentscheidung Nr. 206 behandelt ist, die **Lammasch** zur Begründung seiner Anschauung heranzieht. Im erwähnten Falle hatte eine Hausmeisterin eine Ofenröhre im Werthe von 1 fl. 20 kr. weggenommen dem Miether einer Wohnung, der bei seiner Uebersiedlung zwei Fensterscheiben gebrochen in der Wohnung zurückliess, für deren Herstellung sie 70 kr. auslegen musste. [6]) **Lammasch** scheint übrigens dem aus §§. 187 und 188 deducirten Argumente selbst kein besonderes Gewicht beizulegen, da er (wie schon erwähnt) seine eigene Folgerung fallen lässt.

Auch die Argumentation aus §. 306 St. G. scheint uns nicht zwingend. Nach §. 306 sind die „in gewinnsüchtiger Absicht" an Grabstätten, aus Gräbern oder an Leichen vorgenommenen Entwendungen als Diebstähle zu behandeln. Die Hervorhebung der „gewinnsüchtigen Absicht" hat hier den Zweck deutlich gegenüberzustellen, diese Ent-

---

[5]) Die §§. 187 und 188 sagen mit jeden Zweifel ausschliessender Deutlichkeit, dass auch bei der hier vorgesehenen Art der Gutmachung des Schadens Diebstahl vorhanden ist, dass dieser Diebstahl nur **straflos** wird.

[6]) Nur nebenbei sei bemerkt, dass die Cassationsentscheidung sich wohl hauptsächlich von Billigkeitsrücksichten leiten liess; dem Gesetze würde indessen im gegebenen Falle wohl mehr eine Entscheidung entsprechen, die freispräche, weil ein solcher Irrthum mit unterlief, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen liess. Die Behauptung **Lammasch**', dass der Cassationshof in allen Entscheidungen, mit Ausnahme der von ihm citirten Nr. 892 auf dem Boden seiner Anschauung steht, bedarf insoferne einer Einschränkung, als der Cassationshof ausser in den Entscheidungen 206, 328, 665, 892, 1316 zur Frage der Auslegung des „um seines Vortheiles willen" keine Stellung nimmt. Von den citirten Entscheidungen stehen nur jene Nr. 206 und 1316 entschieden auf Seite der **Lammasch**'schen Anschauung, während die Entscheidungen Nr. 665 und 892 gegen ihn angeführt werden können, indem sie übereinstimmend sagen, dass der §. 171 nicht zwischen einem Vortheil, der das Vermögen vermehrt, und anderen Vortheilen unterscheide. Eine Erklärung für die auffallende Erscheinung, dass der Cassationshof in relativ so wenigen Entscheidungen zu dieser Frage Stellung zu nehmen Gelegenheit hat, glauben wir in dem Umstande zu finden, dass, soweit uns bekannt, die Gerichte und Parteien in der Praxis in der Anschauung übereinstimmen, dass die Worte „um eines Vortheiles willen" im §. 171 keineswegs blos eine gewinnsüchtige Absicht bedeuten.

Digitized by Google

ziehung der als Misshandlung bezeichneten, im ersten Absatz erwähnten Handlungsweise. Indem das Gesetz die „gewinnsüchtige Absicht" bei diesen Entwendungen hervorhebt, soll nicht umschrieben werden der im §. 171 enthaltene Begriff „um seines Vortheiles willen".

Die erwähnten Entwendungen sollen im Sinne des §. 306 St. G. bald als Verbrechen, bald als Uebertretungen gestraft werden; von allen Momenten, welche als qualificirende beim Diebstahl in den §§. 173—176 erwähnt werden, können bei den in Rede stehenden Entwendungen ihrer Natur nach hauptsächlich in Betracht kommen das Qualificationsmoment des höheren Betrages, der Gewohnheit und des Rückfalles.

Hinsichtlich des Qualificationsmomentes des höheren Betrages bestimmt nun §. 173, dass der Werth des gestohlenen Objectes ausschlaggebend sein soll und dass dieser zu berechnen ist nicht nach dem Vortheile des Diebes, sondern nach dem Schaden des Bestohlenen. [7]) Bei den Entwendungen des §. 306 kann nicht die Rede sein von dem Schaden des Bestohlenen. Wollte der Gesetzgeber gleichwohl auch für diese Fälle den Qualificationsumstand „des höheren Betrages" festhalten, so musste — und dies sollte unseres Erachtens durch die Worte in gewinnsüchtiger Absicht geschehen — von dem Schaden des Bestohlenen abgesehen und auf den Vortheil des Thäters ausnahmsweise hingewiesen werden.

Es bliebe noch das oben sub 1 genannte Argument übrig, hinsichtlich dessen Lammasch wohl zugeben wird, dass es sowohl für seine als auch für die von ihm bekämpfte Anschauung angeführt werden kann, nach welcher unter den Worten „um seines Vortheiles willen" verstanden werden soll, die auf Zueignung der Sache gerichtete Absicht.

An anderer Stelle hoffen wir demnächst den Nachweis erbringen zu können, dass nur die von uns vertretene Auffassung des Diebstahls mit den Bestimmungen des geltenden österreichischen Gesetzes im Einklange ist; hierbei wird noch zu vielen anderen Anschauungen Lammasch' Stellung zu nehmen Gelegenheit sein; für jetzt wollen wir Abschied nehmen von dieser Schrift, die unseres Erachtens geeignet ist, die Erkenntniss des österreichischen Rechtes auf den von ihr behandelten Gebieten zu fördern, trotz mancher innerer Widersprüche, an denen sie krankt und trotz des Umstandes, dass ihr auch in vielen principiellen Punkten die Zustimmung zu versagen sein wird.

FINGER.

[7]) Eine Bestimmung, auf die Lammasch bei Darlegung des Diebstahles nicht Bedacht nimmt und die unseres Erachtens mancher seiner Behauptungen entgegensteht.

Verlag der Manz'schen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

Druck von Gottlieb Gistel & Comp. in Wien, I., Augustinerstrasse 12.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google